

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

Essai sur les Origines et le Développement

DE

L'hypothèque légale de la Femme Mariée

EN PAYS COUTUMIER

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 13 décembre 1910, à 3 heures

PAR

André DUVAL

Président : M. LEFEBVRE.

Suffragants : { MM. PLANIOL, }
 CHÉNON, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

Essai sur les Origines et le Développement

DE

L'hypothèque légale de la Femme Mariée

EN PAYS COUTUMIER

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mardi 13 décembre 1910, à 3 heures

PAR

André DUVAL



Président : M. LEFEBVRE.

Suffragants : { MM. PLANIOL, }
 CHÉNON, } *professeurs*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ESSAI SUR LES ORIGINES ET LE DÉVELOPPEMENT

DE

L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

EN PAYS COUTUMIER

INTRODUCTION

I

Ce n'est pas une étude de très ancien droit français que nous avons entreprise. L'hypothèque légale de la femme mariée a paru tard en pays coutumier, et nous avons pensé qu'il serait curieux de rechercher pour quelles raisons, dans quelles conditions, elle y avait été admise. Les Coutumes rédigées, sauf de très rares exceptions, n'en ont rien dit, et notamment, puisqu'il fallait bien ne comprendre en principe dans notre sujet que le droit commun coutumier, il n'en est nullement question dans celles de Paris et d'Orléans dont la seconde rédaction date pourtant de 1580 et 1583. Or, c'est dans la deuxième moitié du xvi^e siècle que les arrêts du Parlement de Paris nous la font connaître. C'est donc par la jurisprudence qu'elle a été créée. Cette jurisprudence, elle est relatée d'une façon très complète

dans les ouvrages des ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles, mais elle y est quelque peu éparpillée ; les caractères de notre institution n'y sont exposés nulle part dans un chapitre d'ensemble sous la rubrique « hypothèque légale de la femme mariée », et c'est une constatation singulière, lorsque l'on réfléchit au grand nombre de traités qui, sous cette rubrique, ont paru de nos jours. C'était précisément l'intérêt de notre travail de rassembler des théories éparses, de classer dans les diverses matières qu'elles concernaient les solutions de la jurisprudence, et de présenter un tout ordonné du mieux que nous pourrions.

Il n'était pas besoin de pousser bien loin ce travail pour s'apercevoir qu'il offrait d'autres intérêts.

Tout d'abord nous trouvions une question qui, paraissant à première vue étrangère à notre sujet, s'y rattachait au contraire étroitement : celle de l'hypothèque générale résultant de plein droit de l'acte notarié. Du jour où le principe en fut admis, il eut pour conséquence de munir les contrats de mariage passés devant notaire de la nouvelle garantie. Les femmes en profitèrent naturellement, et ce fut là vraisemblablement la première forme de leur hypothèque ; aussi était-il utile de résumer brièvement (une étude remarquable ayant été faite sur ce point) (1) l'évolution qui avait donné naissance à un tel principe.

Quant à l'hypothèque tacite, celle que la jurisprudence accordait à la femme mariée sans contrat, il était évident, à la lecture des textes relatant les arrêts, que sa création avait été inspirée par le précédent de l'institution semblable que comportait le droit de Justinien. Mais alors surgissait une nouvelle question. Pourquoi cette longue éclipse de

(1) C'est la troisième étude de M. Esmein sur les contrats dans le très ancien droit français signalée plus bas.

cette institution dans notre ancien droit coutumier ? Il nous a paru utile de chercher à cette apparente anomalie une explication. Nous en avons trouvé une, en raisonnant sur ce que, d'après des travaux antérieurs, nous savions, d'une part, des anciennes données hypothécaires, d'autre part, des stipulations que contenaient jadis les contrats de mariage, et c'est cette explication que nous avons donnée au début de notre travail. Nous y avons rappelé les difficultés que présentait l'adoption du principe de l'hypothèque dans la France féodale, et comment, ce principe admis, l'hypothèque légale ne resta pas moins inconnue. Elle était superflue à notre avis, les clauses que l'on avait l'habitude d'insérer dans les contrats suffisant à elles seules à assurer la restitution de la dot, et aucun droit de récompenses, pour lesquelles la sanction de l'hypothèque légale eût été utile, n'étant reconnu aux femmes mariées sans contrat. Ces récompenses se développèrent précisément après l'apparition de l'hypothèque de l'acte notarié. C'est alors qu'à l'exemple de l'hypothèque qui résultait du contrat de mariage, la jurisprudence dut être portée à créer l'hypothèque tacite et qu'elle en put trouver une justification dans le droit de Justinien très en faveur en France.

Voilà en quelques mots quelles furent, croyons-nous, les causes déterminantes de la naissance tardive de l'hypothèque légale. Ce sont elles que nous avons exposées et qui sont, en grande partie, les « origines » que vise notre titre premier.

Dans un second, nous avons étudié l'hypothèque légale successivement par rapport aux diverses créances qu'elle garantissait et sous son double aspect, selon qu'il y avait ou non un contrat. Enfin, dans le troisième titre, la considérant à son complet développement nous nous sommes

efforcé d'en déterminer les caractères principaux, et d'en donner une physionomie d'ensemble.

Nous en avons ainsi fini avec le droit commun coutumier. Nous avons cru devoir en outre rassembler dans un appendice un certain nombre de remarques concernant des particularités utiles à signaler dans diverses Coutumes.

De tous les ouvrages dont nous nous sommes servi nous ne citerons ici que les principaux ; trois, parmi ceux de l'ancien droit, contiennent les plus précieux renseignements : ce sont les arrêts de Louet, annotés par Brodeau, les arrêtés de Lamoignon (1) et les traités de Renusson, celui des Propres notamment (2). Nous avons fait usage aussi des œuvres de Masuer, Guy Coquille, Choppin, Loysel, Bacquet, Brodeau, Ferrière, Lebrun, Denisart, Bourjon et Pothier.

Parmi les ouvrages modernes, nous avons mis à profit le *Cours d'histoire du droit matrimonial français* de M. Lefebvre, le livre de M. Paul Gide sur la condition de la femme, la troisième étude de M. Esmein sur les contrats dans le très ancien droit français, les travaux de M. Beu-

(1) Ces deux ouvrages sont du xvii^e siècle. Pour les arrêts de Louet, nous nous servons de l'édition de 1742, contenant des additions de Rousseaud de Lacombe. Pour les arrêtés de Lamoignon, nous avons eu entre les mains les deux éditions de 1702 et 1783. La seconde est mieux ordonnée, mais des modifications y ont été assez souvent apportées au texte primitif respecté dans la première. Aussi est-ce à celle-ci que nous renverrons en principe. Les numéros des articles étant différents dans les deux éditions, tous les renvois à celle de 1783 seront expressément indiqués. Enfin sous le nom de *rapports* nous désignerons les mémoires des collaborateurs de Lamoignon qui ont servi de base à la discussion des articles et qui sont publiés en tête des arrêtés dans l'édition de 1702.

(2) Renusson a écrit ses traités à la fin du xvii^e siècle. Nous avons suivi la 4^e édition (1733).

dant sur la subrogation aux droits d'hypothèque et les sous-ordres, de M. Bertauld sur l'hypothèque légale grevant les conquêts de communauté, enfin de M. Ollier sur la liberté des conventions matrimoniales en droit coutumier.

II

Nous avons laissé hors de notre sujet tout ce qui concernait les pays de droit écrit. Il y aurait là matière à un autre travail, pour lequel les documents ne manqueraient pas. Mais il ne présenterait pas, croyons-nous, le même intérêt qu'en droit coutumier. Au midi de la France, c'était, à très peu de chose près, l'hypothèque tacite de Justinien qui avait survécu, et les recherches qu'on ferait sur cette survivance, tout en révélant de curieuses particularités dans certaines régions (1), n'apprendraient pas grand'chose de nouveau sur le fond même de l'institution romaine.

Mais précisément, puisque cette dernière influa certainement sur la création de l'institution coutumière, il n'est pas superflu de redire en quelques mots quel était son rôle sous Justinien. Nous exposerons ensuite en un court parallèle les fonctions de l'hypothèque légale du droit moderne, et de cette façon, nous pourrons mieux comprendre plus tard les difficultés que présenta son introduction dans les pays de Coutume.

On sait que sous Justinien le mari devenait propriétaire de la dot de sa femme, mais qu'il était tenu de plein droit de la restituer. Cela revenait à dire qu'il pouvait disposer librement des meubles et des fonds dotaux qui lui étaient apportés avec estimation, mais qu'il devait, à la dissolution du mariage, rendre l'équivalent ou le montant de l'estima-

(1) Il y en avait notamment dans les Coutumes de Bordeaux et de Toulouse.

tion. Quant aux fonds dotaux non estimés, il devait les rendre en nature (1).

Pour ces derniers, la garantie de la femme était leur inaliénabilité absolue. La loi Julia, votée sous Auguste, avait défendu au mari de les aliéner sans le consentement de la femme. Justinien défendit à son tour à la femme de donner un tel consentement.

Pour la mettre à même de recouvrer la valeur des meubles et fonds dotaux estimés, Justinien accorda à la femme une hypothèque tacite grevant tous les biens du mari (2).

Il déclara même, par la célèbre loi *Assiduis*, cette hypothèque privilégiée, de façon à permettre à la femme d'être préférée à tous les créanciers du mari, même à ceux qui avaient une hypothèque antérieure au mariage (3).

L'hypothèque garantissait, non seulement la dot, mais la *donatio ante nuptias* (4), ce don que pour compenser l'apport de la dot, et par analogie avec elle, le mari faisait à la femme. Elle assurait également le recouvrement des para-

(1) On a douté par suite que le mari en fût propriétaire. Mais nous allons voir qu'il lui était interdit de les aliéner. Or, fait observer M. Girard, « on n'a pas besoin de défendre à une personne d'aliéner ce qui ne lui appartient pas » (*Manuel de droit romain*, p. 954, note 1, 3^e édition).

(2) Auparavant la femme n'avait qu'un *privilegium inter personales actiones* lui donnant seulement la préférence sur les créanciers ordinaires du mari. La double réforme de Justinien fut faite par une constitution de 530 (Code, liv. 5, tit. 13, *de rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus præstita*, loi unique. — Cf. Lefebvre, *Cours d'histoire du droit matrimonial français, droit des gens mariés*, p. 563 ; Girard, *op. cit.*, p. 955.

(3) Constitution de 531 (Code, liv. 8, tit. 18, *qui potiores in pignore habeantur*, loi 12).

(4) Cela résultait implicitement, mais d'une façon certaine, de la loi *Assiduis*.

phernaux, c'est-à-dire des valeurs extradotales, que la femme avait pu confier à son mari (1).

La sûreté de la femme était d'autant plus grande qu'elle ne pouvait y renoncer. C'eût été cette *intercessio pro marito* que prohibait le sénatus-consulte Velléien et que Justinien avait déclarée nulle de nullité absolue dans sa nouvelle 134 (2).

Telle était l'hypothèque tacite romaine. Ce qui avait inspiré sa création, comme du reste l'extension de la prohibition de la loi Julia, c'était cette pensée que la femme était un être faible, incapable de veiller par elle-même à la conservation de ses biens et qu'il fallait la protéger. De là la double garantie qui lui fut accordée pour assurer la restitution de sa dot. Cette idée de la « *fragilitas sexus* » se rencontre fréquemment dans les constitutions de Justinien, notamment dans la loi *Assiduis*, et c'est elle qui a fait produire à l'hypothèque tacite l'effet excessif, que nous avons signalé, d'entraîner la préférence de la femme aux créanciers du mari munis d'une hypothèque antérieure au mariage ; « on a pu dire, non sans raison, qu'une telle législation était faite pour ébranler le crédit des célibataires « aussi bien que des hommes mariés » (3).

L'hypothèque légale de notre droit français actuel ne ressemble guère à celle du droit romain. Elle n'y a plus, quel que soit le régime adopté, le privilège que lui accordait jadis la loi *Assiduis*. Mais, pour n'examiner que son rôle

(1) Constitution de 530, liv. 5, tit. 14, *De pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis*, loi 11.

(2) C'est de cette nouvelle que les glossateurs tirèrent l'authentique *si qua mulier*, dont il sera tant question plus tard aux pays coutumiers. — Cf. Lefebvre, p. 565, et Girard, p. 782, note 4.

(3) Lefebvre, *op. cit.*, p. 564.

dans le régime légal, il est tout différent d'autrefois (1). Cela tient à ce que nous pratiquons la communauté de biens entre époux. L'hypothèque légale, tout en assurant toujours la restitution de la dot, ne garantit que les droits propres de la femme, reprises et récompenses. Il faut qu'il y ait créance contre le mari. Or ce n'est pas comme créancière, mais en qualité d'associée, que la femme est admise au partage de la communauté. Elle n'a donc, dans cette opération, rien à attendre de son hypothèque légale, qui ne la sanctionne pas.

Les biens grevés ne comprennent pas seulement ceux du mari, mais les acquisitions immobilières, les conquêts. Encore un détail particulier à notre régime (2).

Quant aux créances garanties, nous n'avons pas à les énumérer (3), mais nous devons faire remarquer que, selon leur nature, la date de l'hypothèque varie. N'étant plus privilégiée, c'est en principe au jour du mariage que l'hypothèque remonte. Mais l'article 2135 du Code civil apporte au principe une triple exception : 1° pour les sommes dotales que la femme recueille pendant le mariage par successions ou donations ; 2° Pour l'indemnité des dettes qu'elle contracte avec son mari ; 3° pour la restitution du prix de ses propres aliénés sans emploi. Dans ces cas, le rang de l'hypothèque est fixé par l'époque des successions et donations, la date des engagements et aliénations.

(1) Sous le régime dotal l'hypothèque est principalement la sanction de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Sous le régime de séparation de biens, elle assure à la femme une indemnité pour le défaut de emploi de ses propres et pour les engagements qu'elle souscrit avec ou pour son mari.

(2) Cf. notamment : Planiol, *Traité de droit civil*, 3^e éd., t. II, n^{os} 2824 et s.

(3) Planiol, n^{os} 2819 et s. et 3120 et s.

Nous n'avons pas à insister sur ces points, encore qu'il soit utile de les connaître pour juger des différences qui séparent notre droit moderne, non seulement du droit de Justinien, mais, ce que nous verrons plus tard, du droit coutumier. Ce que nous avons à faire ressortir, c'est qu'à l'opposé du droit romain, le droit français reconnaît à la femme la possibilité de renoncer à son hypothèque légale, et même d'y subroger (1). Rien ne l'empêche d'aliéner ses biens propres avec le concours du mari (art. 1428, C. civ.). Rien ne l'empêche par suite de les sacrifier indirectement, en renonçant à la sûreté qui les garantit. Or cette hypothèque, qui grève les biens du mari, est une gêne pour lui. Qui voudra acquérir un de ses immeubles, si la menace éventuelle de l'hypothèque de la femme n'est écartée ? La femme se trouve d'autant plus amenée à concourir à l'aliénation pour renoncer, si ce n'est pour subroger à son hypothèque, qu'elle prend l'habitude de le faire pour des biens qui ne répondent pas de sa dot au même titre que ceux du mari. Nous voulons parler des conquêts. Ces immeubles acquis pendant le mariage, il peut arriver qu'ils soient revendus avant sa dissolution. Comme il est admis que son hypothèque les grève, la femme intervient à l'acte pour s'en démunir (2). C'est beaucoup moins grave pour elle que dans le cas précédent.

(1) Cela a été admis d'abord par la jurisprudence, puis par la loi de 1855, mais il est curieux de constater que d'après le Code (art. 2140), la femme ne peut convenir avant le mariage qu'elle n'aura pas d'hypothèque.

(2) A vrai dire, l'acquéreur peut recourir à la purge légale. Mais en laissant de côté la complication résultant de l'indétermination du montant des créances de la femme, on sait que cette procédure se fait aux frais de l'acheteur et qu'elle risque de produire une surenchère. Nul doute que l'acheteur ne préfère exiger le consentement de la femme au moment de la rédaction de l'acte de vente.

L'on concevrait fort bien que le conquêt, qui n'appartient pas plus au mari qu'à la femme, et qui est aliéné sans qu'on sache si à l'issue du mariage il serait mis dans le lot du premier, ne fût pas grevé de l'hypothèque légale. La femme y renonce donc volontiers, mais, ainsi, nous le répétons, elle prend l'habitude d'agir de même quand c'est à la vente d'un immeuble du mari qu'elle est appelée.

D'autre part le mari veut-il constituer une hypothèque au profit d'un créancier ? Celui-ci ne se contentera pas d'une sûreté primée par celle de la femme. Il exigera soit que la femme participe à la constitution d'hypothèque, soit qu'elle s'oblige conjointement ou solidairement avec son mari. Dans les deux cas, en effet, la subrogation s'opère au profit du créancier.

De nos jours la femme se trouve donc abandonner souvent la garantie que la loi lui accorde pour la restitution de sa dot. En signalant simplement le danger qu'elle court ainsi, remarquons que l'arme solide que lui avait donnée Justinien s'est actuellement transformée en un instrument fragile. Mais ce n'est pas le moment de pousser plus loin cette idée. Maintenant que nous connaissons les principaux caractères de l'hypothèque légale de la femme mariée tant en droit romain qu'en droit français, ce sont ceux qu'elle avait dans le droit coutumier qu'il importe d'étudier. Et tout d'abord il nous faut exposer les raisons qui y ont déterminé son apparition tardive.

TITRE PREMIER

LES RAISONS DE L'APPARITION TARDIVE DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MA- RIÉE EN DROIT COMMUN COUTUMIER.

CHAPITRE PREMIER

LA LENTE PÉNÉTRATION DES PRINCIPES DE L'HYPOTHÈQUE DANS L'ANCIEN DROIT.

Ce qu'on constate au début de l'étude que nous entreprenons, c'est que l'hypothèque légale de la femme mariée a été longtemps inconnue au nord de la France dans les pays de Coutumes, alors qu'elle était en usage au midi dans ceux de droit écrit ; c'est à cette anomalie que nous voudrions chercher une explication.

Il en est une, que nous ne devons pas passer sous silence, bien qu'elle soit insuffisante : c'est qu'au moyen âge les données hypothécaires s'introduisirent très lentement dans les mœurs de nos régions. Jadis les immeubles y étaient insaisissables (1). S'agissait-il d'une propriété libre, d'un alleu ? Impossible d'enlever au groupe familial la terre qui

(1) Il ne faut pas oublier du reste que primitivement les immeubles ne répondaient pas des dettes.

le faisait vivre. La jouissance en était réellement hors du commerce, elle était attribuée, non seulement au tenancier, mais aux « hoirs de son corps ». Et cette idée de propriété familiale eût déjà suffi à empêcher toute possibilité de saisie, si une autre, plus importante encore, n'était intervenue, celle du lien féodal. La propriété libre était l'exception, presque tous les immeubles constituaient des tenures nobles ou roturières, dont l'aliénation, par suite la saisie, n'était possible qu'avec le consentement du seigneur. L'on ne pouvait du reste priver le propriétaire de la tenure du rang qu'il occupait dans la société féodale (1).

Décrire l'évolution qui permit la saisie des immeubles serait sortir de notre sujet. Bornons-nous à en rappeler les traits principaux. La première étape consista à affecter les revenus de l'immeuble au paiement de la dette. C'est l'engagement, appelé *vif-gage*, lorsque la perception des revenus éteignait la dette, et *mort-gage* au cas contraire ; dans la deuxième étape, l'on chercha à obtenir du débiteur qu'il consentit à l'aliénation et procurât au créancier, s'il était nécessaire, l'agrément du seigneur ; à cet effet, l'on employa diverses mesures de coercition, notamment la contrainte par corps, l'obligation en *nisi* (2), et l'établissement, par autorité de justice, sur la terre, de garnisaires qui vivaient aux dépens du débiteur. Enfin, la troisième étape réalisa un progrès important consistant à obtenir d'avance du débiteur, dans le contrat par lequel il s'engageait, son consentement à l'aliénation éventuelle de ses biens (3). C'est l'*obli-*

(1) Esmein, *Les contrats dans le très ancien droit. L'exécution sur les immeubles et l'obligation*, p. 161 et 162. Nous ne faisons guère ici que résumer très brièvement cette intéressante étude.

(2) Excommunication du débiteur inexact à l'échéance.

(3) Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 163 à 176.

gation, institution curieuse sur laquelle il convient d'insister davantage, car nous aurons l'occasion de rappeler les notions qui vont être exposées lorsque nous verrons de quelle façon l'acte notarié finit par emporter hypothèque générale.

L'obligation, cette convention dans laquelle le débiteur autorise le créancier, s'il ne le paie pas à l'échéance, à saisir et à vendre tous ses biens, meubles et immeubles, se rencontre déjà dans les auteurs du XIII^e siècle (1).

Elle avait pour avantages de faire porter le gage du créancier sur tout le patrimoine du débiteur et d'éviter les complications de la saisie immobilière (2). Elle était inspirée certainement par l'*obligatio bonorum*, cette hypothèque conventionnelle du droit romain, et, comme elle, elle se présentait sous deux formes, l'obligation générale et l'obligation spéciale (3). Mais à plusieurs points de vue elle en différait, et n'avait guère pour but que de donner au créancier un moyen d'exécution facile sur les immeubles de son débiteur.

L'obligation générale n'entraînait le droit de suite que pour les aliénations à titre gratuit (4). Elle ne donnait aucun

(1) Cf. notamment Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, XXXV, 20 : « à ce tenir fermement ai-je obligié moi et mes hoirs et tout le
« mien présent et à venir, muebles et heritages à estre justicié par
« quelconque justice il pleroit audit Jehan ou ses hoirs ou à celi qui
« ces letres porteroit, aussi por les coz et por les damaces, comme por
« le principal, et à prendre, vendre et despendre sans nul délai jusqu'à
« tant que li coust et li damace seroient paiés. »

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 178.

(3) Beaumanoir, LXX, 12.

(4) Esmein, *op. cit.*, p. 182, qui se fonde sur Beaumanoir, LXX, 10, 11 : « ...li don qui sunt fet apres ce que li heritage sont obligie ge-
« neralement ne sont pas ne ne doivent estre el damace des créan-
« ciers. Autrement seroit si je vendoie mon heritage apres ce que je
« l'aroie generalement obligie, car por general obligation je ne suis

droit de préférence (1). Quant à l'obligation spéciale, le droit de suite et le droit de préférence en résultaient bien (2), sans qu'elle fût pour cela équivalente à l'hypothèque romaine. Celle-ci, en effet, naissait de la seule convention des parties, tandis que l'obligation, portant sur un immeuble, ne pouvait, qu'elle fût du reste générale ou spéciale, faire acquérir de droit réel au créancier qu'à la condition d'obtenir la saisine du seigneur (nous avons vu que les immeubles étaient presque toujours des tenures féodales) (3). En second lieu, l'obligation, bien qu'elle s'étendit aux meubles comme l'hypothèque romaine, ne produisait son effet que tant que les meubles restaient entre les mains du débiteur : « Meubles n'ont point de suite », disait-on, maxime fameuse qui n'a jamais cessé d'être vraie en droit coutumier et en droit moderne (4). La troisième différence, nous l'avons vue et nous n'avons qu'à la rappeler : c'était la divergence des effets de l'obligation générale et de l'obligation spéciale, divergence que l'hypothèque romaine ne présentait pas.

En résumé, l'obligation n'était pas équivalente à l'hypothèque romaine, parce que : 1° l'une de ses formes avait des effets bien inférieurs à ceux de l'autre ; 2° le droit réel ne

« pas contrains que je ne puisse vendre mon heritage et garantir à « l'aceteur. » — Cf. également : Bouteiller, *Somme rurale*, I, 25. L'hypothèque générale romaine donnait le droit de suite d'une façon absolue.

(1) Beaumanoir, XXXIV, 51 ; XXXV, 20-21 ; LIV, 6. C'est une solution certaine, qui résulte de ces textes, comme l'explique fort bien M. Esmein, *op. cit.*, p. 184 et 185. La préférence ne résultait que de l'antériorité des poursuites.

(2) Beaumanoir, LIV, 5 et LXX, 11-12. Au n° 11 il dit notamment : « Mais se je l'avoie obligie especialement, adont ne le porroie je vendre ne doner... » C'est la suite du texte cité ci-dessus.

(3) Beaumanoir, LIV, 5 ; Bouteiller, I, 25.

(4) Guy Coquille, *Questions et réponses*, question 63 ; Jobbé-Duval, *Etude sur la revendication des meubles*, p. 107 et s.

naissait pas de la seule volonté des parties ; 3° elle ne conférait pas sur les meubles les mêmes droits que sur les immeubles. C'est ce qui explique que les textes du ^{xiii}^e siècle, qui parlent de l'obligation, ne contiennent pas le terme d'hypothèque (1).

Deux des différences que nous venons de rappeler devaient s'effacer au fur et à mesure de la pénétration des influences romaines : 1° après une évolution mal connue, l'obligation générale comporta, comme l'obligation spéciale, le droit de suite et le droit de préférence. Plusieurs textes du ^{xiv}^e siècle le constatent (2). Si l'obligation générale présentait encore quelque infériorité sur l'obligation spéciale, cette infériorité devait disparaître, grâce à l'insertion de la clause qui devint bientôt de style et que l'on prit l'habitude de sous-entendre : « sans que l'obligation spéciale déroge à la générale, ni la générale à la spéciale » (3) ; 2° l'obligation finit par résulter de la seule convention des parties (4) ; 3° la dernière des différences que nous avons signalées devait, nous l'avons déjà dit, subsister jusqu'au bout ; jamais, si grande que fût l'influence du droit romain en droit commun coutumier, les meubles n'y furent soumis ni au droit de suite ni au droit de pré-

(1) On ne le rencontre ni dans Beaumanoir, ni dans Desfontaines, ni dans les *Olim*.

(2) *Livre des droiz et commandemens d'office de justice*, nos 690 et 757, t. II, p. 155 et 190. *Très ancienne coutume de Bretagne*, chap. 307. *Coutume de la Ville et Septène de Bourges*, chap. 155, cités par Esmein, *op. cit.*, p. 194 et 195.

(3) Lamoignon, *Arrêts, des actions personnelles et hypothécaires*, art. 10 ; Esmein, p. 198.

(4) Cette règle ne fut admise que lentement et péniblement en ce qui concerne les fiefs (Jean Desmares, décision 274, à la suite du commentaire de Brodeau sur la Coutume de Paris). Elle fut toujours repoussée dans les pays de nantissement.

férence (1). Remarquons toutefois que l'ancien droit considérait comme immobiliers des droits aujourd'hui mobiliers, tels que les rentes et les offices.

Que conclure de ce bref exposé ? C'est qu'au ^{xiv}^e siècle, si l'hypothèque romaine ne revivait pas, du moins l'on connaissait l'existence d'une véritable sûreté réelle donnant au créancier, à l'échéance de la dette, et sans entraîner auparavant la dépossession du débiteur, le droit de suite et le droit de préférence, et que l'hypothèque, par suite, était constituée. Rien d'étonnant dès lors à trouver dans Boullier dans le Grand Coutumier et dans les Coutumes notoires du Châtelet de Paris des passages relatifs à l'hypothèque ; ce n'est pas l'emploi impropre d'une expression empruntée au droit romain (2).

Aucun de ces passages du reste n'est relatif à l'hypothèque de la femme mariée, et pourtant elle eût pu, à ne considérer que la renaissance romaine, être en usage alors (3). Sans doute, puisqu'elle avait été créée par Justinien, et que la Gaule n'avait connu que le droit du code Théodosien, ce n'était qu'à l'apparition, en droit coutumier, des principes empruntés au droit de Justinien qu'elle pouvait elle-même y trouver place. Mais au ^{xiv}^e siècle, ce droit, après avoir pénétré dans le midi au ^{xi}^e siècle, s'y être développé au ^{xii}^e et s'être lentement infiltré au ^{xiii}^e dans les pays de Cou-

(1) Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 168, note 1. Il en était autrement aux pays de droit écrit, et certaines Coutumes admettaient le droit de préférence sur les meubles se trouvant encore entre les mains du débiteur.

(2) On trouve également trace de l'hypothèque dans des ordonnances royales du ^{xv}^e siècle, dans deux notamment, l'une rendue par Charles VII en novembre 1441, l'autre par Louis XI en juillet 1481.

(3) Cf. sur la renaissance romaine, Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 4^e partie, chap. 1^{er}, p. 717 (5^e édit.).

tumes, y était pleinement connu et pratiqué, et déjà il exerçait sur certaines parties du droit privé, telles que les contrats et les obligations, une influence prépondérante (1). On ne relève rien cependant en ce qui concerne l'hypothèque de la femme mariée, chose d'autant plus remarquable qu'aux pays de droit écrit elle s'était implantée depuis longtemps. Le *Petrus*, œuvre de la fin du XI^e siècle, semble-t-il, donne à la femme une hypothèque tacite sur tous les biens du mari (2), hypothèque que l'on retrouve au XIII^e siècle dans les Coutumes de Toulouse et de Bordeaux. Par contre, en droit commun coutumier, ce n'est qu'au XVI^e siècle, bien après la renaissance du droit romain de Justinien que nous la verrons apparaître (3). Nous sommes donc fondé

(1) Esmein, *ibid.*

(2) *Exceptiones Petri*, lib. IV, cap. 54 (Cf. Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, t. II, ch. IX). Cette hypothèque n'était du reste pas munie du privilège qui résultait sous Justinien de la fameuse loi *Assiduis*.

(3) Nous avons dit que rien de relatif à l'hypothèque de la femme mariée ne se rencontre dans Bouteiller, le Grand Coutumier, les Coutumes notoires. Masuer, auteur du XV^e siècle, en parle dans quelques passages. Mais le droit qu'il expose est celui de la Coutume d'Auvergne soumise à l'influence romaine et où l'hypothèque des pays de droit écrit avait pénétré. Quant aux auteurs du XVI^e siècle, la plupart sont muets également sur notre hypothèque, Dumoulin paraît n'en avoir rien dit. — V. notamment son *Commentaire sur l'article 115 de la Coutume de Paris* (édit. de 1681, t. I, p. 872) où il parle de la renonciation de la femme à la communauté, et son *Abrégé du Traité des usures* (t. II, p. 370, n° 171) où il reconnaît à la femme un recours contre les héritiers du mari sans faire allusion à la garantie d'une hypothèque. Au surplus, n'y a-t-il là rien d'étonnant. L'hypothèque de la femme mariée, comme nous le verrons, ne dut apparaître en jurisprudence que vers la fin de la vie de Dumoulin, mort en 1566. Le premier qui en parle est Guy Coquille, dans son *Commentaire sur la Coutume de Nivernais*. En 1596, Choppin fit paraître un *Commentaire de la Coutume de Paris* dans lequel il traitait très sommairement de l'hypothèque légale. Loysel, dans ses *Institutes coutumières*, parues en

dès à présent à émettre et à examiner cette hypothèse que jusqu'à cette époque son utilité ne s'y fit pas sentir, et c'est maintenant aussi que nous apparaît l'insuffisance de l'explication se basant seulement sur l'apparition tardive de l'hypothèque en général. Celle-ci étant connue dès le xiv^e siècle, comment se fait-il que ce ne soit que deux siècles plus tard que l'hypothèque de la femme mariée ait pris naissance ?

1607, est encore plus bref. Voici tout ce qu'il en dit (Liv. 3, tit. 7, règle 497) : « Les mineurs et les femmes ont hypothèque saisible et « privilégiée sur les biens de leurs tuteurs et maris du jour de la « tutelle et du contrat de mariage. » Ce n'est qu'au xvii^e siècle que les auteurs s'occupent réellement de notre sujet.

CHAPITRE II

L'IDÉE DE DOT ET LES GARANTIES DE RESTITUTION JUSQU'AU XVI^e SIÈCLE.

SECTION I. — La renaissance de l'idée de dot.

C'est pour le recouvrement de la dot que Justinien avait créé son hypothèque légale. Or cette notion de dot fournie par l'épouse et devant lui être restituée s'était perdue au moyen âge (1). La meilleure preuve en est dans le changement de sens du mot « *dos* » qui désignait maintenant la dotation maritale, le douaire. Une telle notion était au surplus contraire au principe de communauté et de profonde association conjugale qu'avait inspiré la direction chrétienne. A Rome, dans un régime où la femme restait étrangère à la famille du mari (2), il était indispensable que le mari, ayant à pourvoir à lui seul à l'entretien du ménage, reçût de la famille de la femme une certaine somme destinée à lui permettre de suffire à cette tâche. C'est ainsi que la *constitutio* ou *datio dotis* s'était fatalement implantée dans les mœurs (3). Il en était tout différemment dans nos anciennes Coutumes. Le mari, avec ses pouvoirs de chef de

(1) Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 477-480.

(2) La *manus* était totalement tombée en désuétude aux premiers siècles de l'ère chrétienne. On ne pratiquait plus que le mariage *sine manu*. — Cf. Girard, *op. cit.*, p. 150.

(3) Lefebvre, *Introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, p. 85 et s.

l'association (*Vir caput mulieris*) recevait de plein droit les apports de sa femme, s'ils étaient mobiliers, mais sans être tenu à restitution. L'idée de restitution eût été incompatible avec le grand principe de société conjugale tel que l'avaient établi les maximes chrétiennes du mariage (1). La femme n'est pas une créancière, c'est une associée du mari, et tout ce qu'elle peut faire à la dissolution du mariage, c'est réclamer sa part des biens communs. Quant aux apports immobiliers, la femme en reste propriétaire, le mari n'en ayant que la jouissance ; elle garde donc en tout état de cause la faculté de les revendiquer.

Donc, pas de dot à restituer, pas d'hypothèque, telle était la Coutume primitive de communauté, et en effet le mot de « *dos* » n'apparaît plus en ce sens. C'est ainsi que nous pouvons comprendre pourquoi l'hypothèque se rencontre aux pays de droit écrit beaucoup plus tôt qu'aux pays de Coutumes. Dans les premiers, l'idée de dot semble n'avoir jamais disparu complètement (2). Eût-elle disparu, on la retrouve en tous cas de bonne heure puisque nous voyons, au ^x^e siècle dans le *Petrus*, au ^{xiii}^e dans les Coutumes de Toulouse et de Bordeaux, l'hypothèque de la femme mariée organisée (3).

Toutefois, même en nos régions coutumières, avec la renaissance du droit romain de Justinien, l'idée de dot

(1) Le « *duo in carne una* » de la Genèse, commenté par saint Paul dans l'Épître aux Ephésiens, et reproduit fréquemment par les *libelli dotis* de l'époque franque, avait fait admettre, dans la sphère des intérêts, un régime de franche association entre les époux « *uns et communs* » (Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 288-291). Un passage de Guy Coquille (*Questions et Réponses*, question 122) atteste l'influence des idées chrétiennes sur la communauté entre époux.

(2) Lefebvre, *Le droit des gens mariés aux pays de droit écrit*, dans le cours de doctorat, professé en 1907-1908.

(3) Ci-dessus, p. 17.

allait peu à peu refaire son apparition, et de façon très simple : à partir du ^{xiii}e siècle, surtout au ^{xiv}e, les ouvrages de Justinien jouirent d'une grande vogue ; or, comment des auteurs, déjà imbus d'idées romaines, n'eussent-ils pas été frappés par des passages parlant de la « *deterior causa feminarum* », de « *fragilitas sexus* » ou de « *levitas animi* » ? D'autre part de telles notions n'allaient-elles pas à l'encontre du principe en vertu duquel la femme était traitée en véritable associée du mari ? C'est ainsi que fut abandonnée lentement la grande tradition coutumière de communauté. Au ^{xiv}e siècle Jean Faber compare constamment la femme à un mineur. Bouteiller parle à maintes reprises de la fragilité ou « simplesse » des femmes (1) ; aussi l'idée de protéger cette faiblesse contre les abus possibles du mari surgit-elle. C'est alors que l'on invoqua le sénatus-consulte Velléien. L'on en vint à concentrer tous les pouvoirs aux mains du mari et à considérer que seul il avait à assumer les charges du ménage. N'était-il pas logique, dès lors, de dire comme en droit romain, que les apports de la femme constituaient une dot fournie « *ad onera matrimonii* » ? C'est ce que signifiait l'adage : « *en pays coutumier tous les biens de la femme sont réputés dotaux* ». Cet adage, écrit M. Lefebvre, « prouve à lui seul « comment nos auteurs français étaient toujours hantés des « doctrines romaines de la dot. Voici, en effet, l'idée qu'on « retrouve sans cesse à travers leurs raisonnements de communauté. La femme, même en ce régime coutumier, est « à considérer comme ayant apporté ses biens en dot au « mari qui, l'ayant reçue *ad onera matrimonii*, va rester « l'unique répondant des charges de maison, sauf le partage

(1) Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 54, note 1.

« dû à sa femme après dissolution. Les meubles de la femme, c'est la partie de dot abandonnée en propriété dans la communauté légale, et qui ressemble le plus à un apport social (1). Mais les immeubles ne sont qu'une vraie dot fournie en jouissance et qui doit être recouvrée en nature ou par récompense. Voilà le point de vue, et l'idée a été si bien suivie qu'on ne manquera pas de dire, au cas de séparation de biens judiciaire, qu'elle a été introduite pour la dot mise en péril » comme on dira de l'hypothèque légale, introduite au profit de la femme commune, qu'elle lui est accordée à l'imitation de Justinien pour la restitution de sa dot (2). »

(1) « Parce que, fait remarquer M. Lefebvre, ils ne donnent lieu qu'à partage et non à restitution intégrale, à moins qu'ils n'aient été réalisés propres ou affectés d'une clause d'emploi, ce qui devient fréquent dans les mariages nobles et de bourgeois aisés et qui les faisait encore bien mieux ressembler à une vraie dot mobilière avec reprise dotale » (Lefebvre, *op. cit.*, p. 335, note 1). Nous reviendrons sous peu sur ce point,

(2) Lefebvre, *op. cit.*, pp. 334 et 335. Pour montrer jusqu'à quel degré fut poussée cette idée de la restitution de la dot, signalons à titre documentaire, que, dès le xvi^e siècle, il se rencontra des gens pour prétendre qu'une dot ne consistant qu'en deniers était *de plein droit et sans stipulation* réputée propre à la femme. Cette opinion, que nous rapporte Renusson, était basée naturellement sur le droit romain. L'on soutenait que la dot ne devait pas moins être conservée à la femme qu'elle ne l'était chez les Romains. La dot romaine, disait-on, était conservée tout entière à la femme. Celle-ci avait son action pour la restitution sur les biens du mari, même elle était préférée à tous les créanciers, et cela sans stipulation. Tout ce raisonnement était basé sur l'adage : *melior conditio dotis fieri potest, deterior non potest*. Renusson ruinait cette théorie et concluait à la nécessité d'une stipulation expresse, en alléguant que c'était le droit commun de la France coutumière que les conjoints par mariage fussent communs en biens meubles et que le droit romain ne pouvait prévaloir en l'espèce : « Nous ne considérons les lois romaines que comme une raison écrite ; elles n'ont point lieu quand la Coutume qui est notre Loy contient

Tel est, fort bien retracé, le raisonnement que faisaient les auteurs sur la nature restituable de la dot fournie par la femme. Mais il était moins complet dans les textes des ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles que dans les textes postérieurs. Il était naturellement introuvable dans Beaumanoir. Il n'était qu'esquissé par l'aber et Bouteiller. S'il était déjà plus net dans Masuer, c'est que ce dernier subissait, dans sa région d'Auvergne, qui ne pratiquait pas la communauté, l'influence des pays de droit écrit, où la législation était constituée par les principes de Justinien (1). Quant à d'Argentré, il protestait contre l'invasion des idées et des expressions romaines, et Dumoulin n'abusait pas, comme on l'a tant fait après lui, de la notion de dot romaine. Bien que ses fameuses maximes : « *maritus solus in actu dominus sed ad onus communionis spectantis ad uxorem, — uxor non est proprie socia sed speratur fore* » (2) eussent contribué à déformer la tradition coutumière de communauté et eussent servi de base au raisonnement aboutissant à l'idée d'une restitution dotale, lui-même n'allait pas si loin et avait soin de noter la différence qu'il y avait entre la dot romaine et l'apport des propres de la femme en communauté. « *Bona uxoris non censentur data in dotem* » (3), écrit-il, et il est du ^{xvi}^e siècle !

« une disposition expresse, ou qu'il y a un droit commun établi par « nos mœurs » (Renusson, *Traité des propres*, ch. VI, section III, nos 12 et 13). Ce passage est des plus curieux. Il montre quelle était l'influence du droit romain puisqu'elle poussait presque à faire abstraction de notre grande institution coutumière de communauté. La question n'avait pas été seulement discutée en doctrine. Renusson rapporte aux nos 15 et 16 deux arrêts, l'un du 25 juin 1506, l'autre du 13 avril 1604 qui avaient repoussé la première opinion.

(1) Nous étudierons, à la fin de ce travail, le régime de l'Auvergne.

(2) Cf. l'étude de M. Chéron sur l'adage « *uxor non est proprie socia sed speratur fore* ».

(3) Dumoulin, édition de 1861, t. I, *Titre des fiefs*, p. 477 et s., no-

Quoi qu'il en soit, aux ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles, l'idée de dot, si elle n'était pas arrivée à son plein développement, n'en avait pas moins reparu, et nous avons suffisamment montré, dans les pages précédentes, sa liaison avec celle d'hypothèque légale pour que l'on puisse, à première vue, s'étonner de l'absence de cette hypothèque aux pays de Coutumes durant ces deux siècles.

Un tel étonnement ne serait pas justifié. Remarquons que nombre des créances de la femme garanties, dans le dernier état de l'ancien droit, par l'hypothèque, n'existaient pas alors. Nous avons vu (1) comment la femme restait propriétaire de ses apports immobiliers. Ce n'est donc qu'au cas de vente d'un propre sans remploi qu'elle eût pu être créancière de son mari (2). Or, aux siècles dont nous nous occupons, une pareille vente ne donnait aucun droit légal à une action de remploi ou de reprise du prix (3). Pour les apports mobiliers, ils tombaient en communauté, et la femme ne pouvait prétendre qu'au partage, non à leur reprise en qualité de créancière, sauf dans un cas que nous examinerons bientôt, celui des stipulations de propres. Au surplus, n'était-il pas question non plus alors de reprise d'apport au cas de renonciation, puisque la renonciation à la communauté ne fut consacrée par la Coutume qu'à une époque récente. Au temps de Beauma-

tamment sommaire 37, I. Tout cela a été très bien marqué par M. Lefebvre. — Cf. en particulier, p. 297, note 1, p. 316, note 2, et p. 456, note 2.

(1) Ci-dessus, p. 20.

(2) En effet, s'il y a remploi, le nouvel immeuble est subrogé à l'ancien dans le patrimoine de la femme qui en demeure propriétaire. Mais s'il est vendu sans remploi, le prix tombe en communauté, et la femme n'en est que créancière.

(3) Lefebvre, *op. cit.*, p. 365. Cette lacune n'était pas si grave qu'on pourrait le croire, les ventes d'immeubles étant rares alors.

noir il suffisait à la femme de renoncer aux meubles pour s'affranchir des dettes (1). Plus tard la renonciation s'étendit aux conquêts et, se généralisant en droit commun, « devint véritablement la renonciation à la communauté : « Mais il n'est pas certain qu'au xiv^e siècle cette renonciation fût déjà permise aux femmes dans toutes les Coutumes, et moins encore qu'elle y fût concédée aux femmes de toutes classes. Il est avéré qu'en beaucoup de contrées, la renonciation n'a été longtemps octroyée de manière expresse qu'en faveur des femmes nobles. Telle était encore, au début de xvi^e siècle, la décision donnée dans la première Coutume de Paris et dans maintes Coutumes voisines, ou d'autres régions (2) ». De même le bénéfice d'émolument ne paraît qu'au xvi^e siècle dans la jurisprudence du Châtelet et n'est consacré en Coutume qu'à la réformation de 1580. Ainsi donc, aux siècles précédents, renonciation mal organisée ou non pratiquée, bénéfice d'émolument totalement inconnu, voilà ce que l'on constate : par suite, absence de recours de la femme contre le mari dans bien des cas où elle en aura un plus tard avec hypothèque à l'appui. Quant aux dettes contractées par la femme conjointement ou solidairement avec le mari, dont elle sera plus tard indemnisée, pas plus dans ce cas que dans celui de vente d'un propre, il n'était question de récompense légale. Là encore il n'y avait aucune créance à garantir, et l'hypothèque ne pouvait prendre naissance.

Toutefois, puisque l'idée de dot romaine avait reparu,

(1) Beaumanoir, chap. XIII, n^{os} 440 et 456, chap. XXIII, n^o 674. *Olim.*, t. II, p. 240 (arrêt de 1284).

(2) Lefebvre, p. 343. Voir à la suite le passage expliquant pour quelles raisons la renonciation était réservée aux nobles, et comment on parvint à l'étendre aux roturières.

sous quelle forme se manifestait-elle donc ? Nous avons fait plus haut une restriction au sujet des apports mobiliers de la femme. Nous allons y revenir. C'est précisément à leur propos que l'on se livrait à des stipulations d'emploi ou de propres qui dénotent la préoccupation nouvelle. Mais nous verrons que pour en garantir l'efficacité, on se passait aisément de l'hypothèque en usant des divers procédés que nous allons examiner, et c'est ce qui nous expliquera son absence à une époque où ni les récompenses ni les bénéfices de la femme n'existaient encore.

SECTION II. — Les garanties de la dot.

Dès le ^{xiii}^e siècle, on constate une certaine tendance à faire entrer davantage les meubles dans la composition de la dot. La maxime *res mobilis, res vilis* avait cessé d'être vraie. En réalité, les transactions commerciales s'étaient déjà suffisamment développées pour que l'argent ne fût plus chose rare. Seulement l'emploi n'en était pas facile, il restait en général improductif. Il était donc tout indiqué de s'en servir pour constituer une dot à sa fille, et nombre de parents y manquaient d'autant moins que c'était un moyen de réserver aux hommes les immeubles que l'on n'aimait pas faire sortir de la famille.

Ainsi, l'on voyait fréquemment des dots, soit mobilières exclusivement, soit en partie mobilières et en partie immobilières. Dans les deux cas, lorsque la partie mobilière était importante, on comprenait facilement que l'on tint à garantir la femme contre les risques qu'elle courait ; en premier lieu, les meubles tombant en communauté, si ceux de la femme étaient en bien plus grand nombre que ceux du mari, le partage par moitié eût abouti à faire perdre à la femme près de la moitié de ce qu'elle avait apporté : de plus, la dis-

sipation par le mari de la plus grande partie ou de la totalité de l'actif mobilier était toujours à craindre. Par suite, n'était-il pas logique, à une époque où commençait à se répandre l'idée romaine de la restitution de la dot, de chercher à parer à ces dangers ? L'on y parvenait au moyen de clauses que l'on insérait dans les contrats de mariage (1).

§ 1^{er}. — La clause d'emploi.

C'était, en premier lieu, la *clause d'emploi*. Au lieu de lui donner un immeuble qu'ils préféreraient garder dans leur famille, les parents de la femme lui constituaient une dot en argent. Mais ils stipulaient au contrat qu'une partie de ces deniers serait employée par le mari à l'achat d'un immeuble qui resterait propre à la femme, et qui lui serait restitué, ou le serait à ses héritiers, à la fin du mariage.

Pourquoi, se demandera-t-on, les parents n'achetaient-ils pas eux-mêmes, avec l'argent dont ils disposaient, l'héritage destiné à rester propre à la femme ? La réponse est facile : en premier lieu, rappelons-le, un achat d'immeuble était chose rare et difficile dans l'ancien droit, et l'occasion favorable pouvait fort bien ne pas se présenter au moment opportun ; en second lieu, ne semblait-il pas préférable de laisser au mari, en sa qualité de chef de l'association conjugale, le soin de rechercher le bien le plus avantageux à l'intérêt commun (2) ?

(1) Cf. sur cette question Lefebvre, *op. cit.*, 55^e cours, *La liberté des conventions matrimoniales*, p. 408 et 409 ; Ollier, *De la liberté pour les futurs époux de fixer leur régime matrimonial dans l'ancien droit coutumier*. Thèse, Paris, 1902, p. 11 et s.

(2) C'est ce que dit Guy Coquille (*Commentaire sur la Coutume de Nivernais*, sur l'art. 17, ch. 23 : « S'ils (les ascendants) ont gagné et « épargné quelques, au lieu de les employer en achat d'héritage, ils « les mettent en réserve pour doter leurs filles, qui plus facilement « trouvent parti avec deniers comptans qu'avec héritages... »

On pouvait craindre, il est vrai, que le mari ne fit qu'un emploi insuffisant ou même ne le fit pas du tout. Aussi, avait-on imaginé deux curieux moyens d'éviter ces inconvénients.

Le premier consistait à soumettre le choix de l'héritage à des tiers désignés d'avance et qui ne le ratifiaient que si l'immeuble avait la valeur voulue.

Le second moyen, c'était de consigner la somme tant que l'emploi n'était pas effectué, soit chez un particulier, soit dans un établissement qui ne devaient remettre la somme qu'au vendeur (1).

Ces deux procédés, se combinant, donnaient toutes garanties à la femme au sujet de l'emploi. Au surplus stipulait-on, pour le cas où l'emploi promis n'aurait pas été fait, que les deniers déposés seraient repris avant partage, comme l'eût été l'héritage acheté de ces deniers.

Il n'était même pas sûr qu'en l'absence de cette stipulation la femme ou ses héritiers n'eussent pas le droit d'exercer cette reprise. Dans certaines régions ce droit n'était pas douteux ; dans d'autres il était discuté (2).

(1) Le plus souvent ce dépôt était fait dans les caisses de l'ordre des Templiers, grande banque, où bien des seigneurs mettaient en sûreté leur fortune. Voir à ce sujet : Ollier, *op. cit.*, et les textes cités à la note suivante, notamment la charte de saint Louis « *et deponentur dicta viginti millia librarum turon. Parisiis apud Templum...* » et le contrat de la fille du duc de Bretagne : « *ces dix mille livres... seront mises au Temple.* » Parfois c'étaient les personnes à la ratification desquelles on soumettait l'achat qui détenaient les fonds, ce qui était une simplification (cf. le contrat de mariage du comte de Perche ci-dessous cité).

(2) Voir à ce sujet dans Ollier, *op. cit.*, p. 12 et s., les textes relatifs à ces stipulations. En voici une simple liste. Pour le ^{xiii}e siècle : 1^o art. 70 de la Coutume municipale d'Amiens, de 1249, d'après Augustin Thierry, *Recueil des monuments inédits de l'histoire du Tiers-*

§ 2. — La stipulation de propres et l'assignat.

Une autre clause se rencontrait fréquemment dans les contrats. C'est la *stipulation de propres* ; les deniers dotaux étaient bien remis au mari, mais on réservait à la femme ou à ses héritiers le droit, à la dissolution de la communauté, de reprendre une somme égale avant tout partage. En général, ce n'était qu'une partie des apports qui était ainsi stipulée propre (1).

Mais c'était là pour la femme une créance chirographaire et dont le recouvrement eût pu, en l'absence d'emploi, sembler aléatoire. Il n'en était rien : la femme avait, grâce à une clause complétant la stipulation de propres, et appelée « *assignat* », une garantie des plus sûres, sur laquelle il convient d'insister, car cette institution a déjà un certain rapport avec une hypothèque (2).

L'assignat permettait à la femme de prendre en quelque

Etat, série I, t. I ; 2^e charte de saint Louis de 1269 (au sujet du mariage de sa nièce Blanche d'Artois) en latin, dans les *Mémoires de l'Académie des inscriptions*, t. 33 (*Mémoire de M. Leopold Delisle sur les opérations financières des Templiers*) ; 3^e contrat de mariage de la fille du duc de Bretagne, de 1292, dans Jamont, *Le Droit des gens mariés dans la Coutume de Bretagne*, thèse, p. 252 (on remarquera que ces textes sont plutôt de la fin du xiii^e siècle). Pour le xiv^e siècle : 1^o le contrat de mariage du comte de Perche, de 1396, dans Jamont, *op. cit.*, p. 267 ; 2^o *Stylus parlamenti*, Joh. Galli, part. 5, question 67, dans l'édition de 1525, et question 83 dans celle de Dumoulin. Pour le xv^e siècle : 1^o la Coutume de Vermandois, œuvre privée de 1448, n^o 235 (édition Beauteemps-Beaupré) ; 2^o art. 144 de la Coutume de Bourges (dans Bourdot de Richebourg, t. III, p. 887 et s.).

(1) Exemples de stipulations de propres. Contrat de mariage du comte de Blois et de la fille du duc de Bretagne, de 1254, rapporté par Lefebvre, *op. cit.*, p. 221, note 2 ; Charte de saint Louis précitée, *Coutume de Vermandois*, édition précitée, n^{os} 231 et 232.

(2) Cf. Ferrière, *Dictionnaire*, V^o *Assignat*.

sorte en gage les immeubles de son mari jusqu'à ce que la partie de la dot stipulée propre lui eût été restituée.

Nous sommes renseignés sur cette institution par plusieurs documents, dont les plus anciens paraissent être de la deuxième moitié du ^{xiii}^e siècle. Elle semble avoir été fréquente surtout dans les Coutumes de Bourgogne et Nivernais, mais elle était pratiquée dans tout le droit coutumier (1).

L'assignat était-il un véritable gage immobilier, le mari

(1) Voici les principaux textes relatifs à l'assignat ; nous en transcrivons deux : 1° P. Desfontaines, *Conseil*, ch. 15, n° 8, édit. Marnier ; 2° arrêt du Parlement de Paris, de 1277 : « Cum Margareta, relicta « Erardi, domini Valeriaci, proponebat coram nobis, contra tres « dominas, heredes dicti domini quod, in tractatu matrimonii inter « ipsam et dominum Valeriaci contrahendi, tales habite fuerunt conventiones quod, si contingeret dictum Erardum decedere sine herede « proprii corporis, quod dicta Margareta teneret medietatem totius « hereditatis sue, ratione dotis, seu donacionis propter nuptias, « quamdiu viveret, et melius herbergamentum suum ; item quod, ex « alia medietate hereditatis dicti Erardi, ipsa Margareta predicta teneret « medietatem, donec recuperasset duo millia librarum Parisiensium « dicto Erardo donatarum in maritagium cum Margareta predicta » (*Olim*, édition Beugnot, t. II, p. 96, n° 31) ; 3° texte de 1294 rapporté par Bouhier : « Item, il est de coustume à Dijon et en toute Bourgogne que se aucuns homs reçoit aucune some dedeniers dou mariaige de sa femme, et icelle somme de pécune soit assise suz aucuns « fons, ou maison, ou autre chose : se li mari muert, la femme tenra « tout ce qui li est obligiez, tant comme ele vivra sans acquittance, se « li deniers ne li sunt payez des hoirs, à cui l'obligation doit avenir, « ainçois que li femme muire. Et se anxinc est que lidiz deniers ne « soient payez, et li femme muire, li hoirs de ladite femme ne pourront tenir la chouse obligée franchement, mais convenrai compter « les issues de lai chouse obligée au sort ». (Bouhier, *Coutumes générales du duché de Bourgogne*, édition de 1742, art. 50, t. I, p. 167) ; 4° un passage des droits et Coutumes de Champagne et de Brie, dans Bourdot de Richebourg, t. III, p. 209 : « de deniers en mariage donnez ». Tous ces textes sont rapportés par Ollier, *op. cit.*, p. 18 à 21. M. Lefebvre rapporte partiellement l'arrêt des *Olim*, p. 574, note 2.

engageant ses biens que détiennent les créanciers, soit la femme, soit ses héritiers, pour arriver à recouvrer la dot stipulée propre ? Le texte de 1294, rapporté en note, semble fournir un argument à l'appui de cette manière de voir. En signalant que, si c'est la femme qui détient les biens du mari, elle peut en percevoir les revenus sans les imputer sur le capital de sa créance, et que si ce sont ses héritiers, cette imputation des fruits est obligatoire, ne semble-t-il pas montrer nettement qu'il s'agit bien là des deux formes d'engagement que nous avons mentionnées plus haut, mort-gage au premier cas, vif-gage au second (1) ? Non, car la condition essentielle du gage, la dépossession du débiteur ne se rencontre pas dans notre clause. D'ordinaire le créancier gagiste détient le gage, bien que sa créance ne soit pas encore exigible. C'est sa sûreté. Ici la femme, quoique créancière de son mari dès le mariage, n'est pas mise en possession. Le mari administre librement ses biens, et ce n'est qu'à la dissolution du mariage, lorsque sa créance devient exigible, que la femme s'en empare pour les retenir jusqu'à parfait paiement.

Mais alors, dira-t-on, si ce n'est pas un gage, n'est-ce pas une hypothèque ? C'est un caractère essentiel de l'hypothèque de ne pas exiger la dépossession du débiteur, et ce caractère se trouve ici. C'est vrai, mais ne poussons pas plus loin l'assimilation. Car si l'hypothèque laisse le bien entre les mains du débiteur, par contre elle permet au créancier, à l'échéance, de le saisir pour le vendre et se payer sur le prix. Or l'assignat ne comportait rien de tel. Le créancier, c'est-à-dire la femme ou ses héritiers, ne pouvait que détenir l'immeuble du mari et en percevoir les fruits

(1) Ci-dessus, p. 12.

jusqu'à ce que la créance eût été recouvrée. Le paiement de la dot une fois effectué, la restitution des biens détenus était indispensable. Il ne s'agissait donc pas d'une hypothèque, mais d'une institution spéciale qui s'en rapprochait par certains côtés, et par d'autres ressemblait à un engagement.

Nous serions tenté d'y voir le symptôme d'une transition. Ce n'est plus l'engagement, ce n'est pas encore l'hypothèque, et nous sommes amené à la rapprocher de l'obligation, que nous avons décrite plus haut (1), d'autant plus que, comme elle, l'assignat se présentait sous deux formes : l'assignat général et l'assignat spécial (2). Mais, à la différence de l'obligation, l'assignat ne donnait pas à la femme le droit de faire vendre le bien grevé pour se payer sur le prix. Et si elle ne le lui donnait pas, c'est qu'au moment de la rédaction du contrat de mariage, le futur époux et les siens se gardaient bien de laisser à la femme une faculté dangereuse pour eux, et par suite de stipuler une obligation ordinaire. S'obliger, c'était consentir à la vente de son patrimoine, au cas où le créancier ne serait pas payé à l'échéance. En l'espèce, ç'eût été risquer de voir sortir de la famille du mari les biens assignés. Or, nous l'avons vu (3), le développement de cette idée de conservation des biens dans la famille était suffisant pour qu'on écartât l'obligation dans un contrat de mariage. En stipulant un assignat, la famille du mari était sûre, à plus ou moins longue échéance, d'obtenir la

(1) Ci-dessus, p. 13 et 14.

(2) Dans le texte des *Olim* il s'agit bien d'un assignat général. La moitié des biens du mari est détenue par la femme à titre de douaire, l'autre moitié représente l'assignat de la dot. Rien n'est libre dans son patrimoine immobilier. Au contraire, dans le texte de 1294, ce sont certains de ses immeubles qui sont affectés à la restitution de la dot.

(3) Ci-dessus, p. 26.

restitution des immeubles détenus par la femme : par le fait que celle-ci avait été payée, il ne lui était plus possible de les conserver plus longtemps. En d'autres termes, l'assignat semble avoir été une obligation d'une nature spéciale, spécialement créée en matière de contrat de mariage, pour ménager les intérêts respectifs des futurs époux. C'est pour cette raison qu'il put subsister, après que l'hypothèque proprement dite eut remplacé l'obligation.

CHAPITRE III

LE CARACTÈRE RÉEL DU DOUAIRE DANS L'ANCIEN DROIT.

Nous venons de voir quels étaient les procédés employés pour assurer la restitution de la dot de la femme. Mais il était un autre droit que celle-ci avait à exercer à la dissolution du mariage, nous voulons parler du douaire. Si la garantie d'une hypothèque était superflue pour la dot, en était-il de même pour le douaire ? En d'autres termes l'absence de l'hypothèque de la femme aux ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles s'explique-t-elle aussi facilement pour la deuxième institution que pour la première ? C'est ce que nous voudrions examiner dans ce chapitre.

Qu'était au juste le douaire à cette époque ? C'était un droit viager attribué de plein droit aux veuves et consistant dans la jouissance de moitié des immeubles propres du mari défunt grevés de cette charge dès le mariage (1).

La moitié était la quotité de droit commun, Philippe-Auguste l'avait ainsi fixée dans son établissement de 1214. Mais, dans bien des Coutumes, le chiffre était différent, notamment dans celles de l'ouest, qui restreignaient le douaire au tiers des biens du mari (2).

(1) Cf. Lefebvre, *op. cit.*, 57^e et 58^e cours.

(2) C'étaient les Coutumes des anciennes provinces anglaises. Cf. Arrêts de Louet, annotés par Brodeau, lettre D, sommaire 21, p. 486 : « une autre ordonnance de Jean sans Terre, roi d'Angleterre, de 1215, a réglé le douaire au tiers, ce qui a causé la diversité des Coutumes,

Les immeubles comprenaient ceux que le mari avait apportés en mariage et ceux qu'il avait recueillis pendant le mariage en ligne directe.

Le douaire était un usufruit (1) et se présentait sous un double aspect, tantôt *coutumier* tantôt *préfix*. Coutumier ou légal, c'était ainsi que le nom l'indique, la Coutume ou la loi qui le déterminait (2) avec les caractères que nous avons exposés ; conventionnel ou préfix, c'était le contrat de mariage qui l'accordait, principalement pour remédier aux inconvénients du douaire coutumier, inconvénients que nous verrons plus loin.

Plusieurs Coutumes, parmi lesquelles celle de Paris, accordaient un douaire aux enfants issus du mariage. Elles leur attribuaient la nue propriété de ce dont leur mère avait l'usufruit, et elles leur attribuaient ces biens, même si la mère était morte la première. Il y avait donc là pour ces enfants une véritable légitime coutumière, selon le mot de Loysel. Toutefois, cette légitime, les enfants n'y avaient droit qu'à la condition de renoncer à la succession de leur père (3). Pour conserver leur droit, la Coutume interdisait à leurs parents d'aliéner et d'engager les biens qui y étaient soumis (4).

dont plusieurs, comme celles de la Loire, ont été autrefois sous la domination anglaise. »

(1) Lamoignon, *Arrêts, Des douaires*, art. 6.

(2) En droit commun, le texte législatif fut l'établissement de Philippe-Auguste. — Cf. Lefebvre, p. 493 et s.

(3) « Nul ne peut être héritier et douairier ensemble », dira l'article 251 de la Coutume de Paris de 1580.

(4) Coutume de Paris de 1510, art. 137, Coutume de 1580, art. 249 : *Item*, par ladite coutume le douaire coutumier de la femme est le propre héritage des enfans venans dudit mariage, en telle manière que les pere et mere des dits enfans, dès l'instant de leur mariage ne les peuvent vendre, engager ni hypothéquer au préjudice de leurs enfans.

Nous voyons clairement ainsi quel profit les enfants retiraient du douaire dans les Coutumes qui consacraient leur droit. Mais quel avantage présentait notre institution pour la veuve ? C'était en somme pour elle le moyen de vivre dans des conditions presque pareilles à celles dans lesquelles elle avait vécu en compagnie de son mari. Outre ses biens propres et sa part de communauté, elle conservait la jouissance de la moitié de la fortune immobilière de son mari, ainsi que de ses titres honorifiques.

Cette esquisse du douaire (1) nous ramène au point important que nous avons à traiter : celle de sa garantie. Nous venons de voir l'utilité du douaire. Il fallait donc que la femme pût, en tout état de cause, compter sur lui. Comment en était-elle assurée ? Aux derniers siècles nous lui verrons une hypothèque, mais à l'époque où nous nous cantonnons actuellement, par quoi cette hypothèque était-elle remplacée ?

Dans les Coutumes qui admettaient le douaire des enfants, nous avons dit que la masse des biens grevés était rendue inaliénable, mais, même en faisant abstraction du douaire des enfants, l'inaliénabilité n'en subsistait pas moins pratiquement. Remarquons d'abord le peu de fréquence des transactions immobilières au début de notre période. Au moyen âge, on ne vend pas un immeuble, on l'échange ou on le donne à bail moyennant une rente, rente servie souvent en nature. C'est la rareté du numéraire qui empêche alors les ventes d'immeubles. Cette rareté toutefois disparaît assez rapidement, nous l'avons vu. Le mari pourra-t-il

(1) Nous ne poussons pas plus loin une étude du douaire qui ne rentrerait pas dans notre sujet. Nous laissons de côté notamment l'intéressante question des origines du douaire, pour laquelle nous renvoyons aux cours précités de M. Lefebvre.

dès lors aliéner facilement ses biens ? Non pas. De multiples raisons s'y opposent. C'est d'abord l'habitude du concours de la femme à tous les actes du mari qui n'a pas encore disparu. Beaumanoir et les coutumiers, ainsi que nombre de documents nous en montrent la pratique constante. Qu'il s'agisse d'aliéner des immeubles propres ou conquêts, comme de les échanger ou de les bailler à cens, toujours les conjoints agissent ensemble et signent tous deux (1). La sanction d'une aliénation faite par le mari seul, c'est le droit pour la femme, à la dissolution du mariage, de la « rappeler » pour trouver son douaire intact (2). C'est dans ce sens que l'on a pu dire que le douaire légal de Philippe-Auguste grevait les propres du mari comme « un droit réel viager, plus solide encore qu'une hypothèque » (3). Portant dès le moment du mariage, mais sans qu'ils fussent déterminés, sur la moitié des immeubles du mari, ce n'était pas seulement la moitié, mais la totalité des immeubles qu'il rendait pratiquement inaliénables. Qui eût voulu en acquérir, quand la femme pouvait faire tomber l'aliénation consentie à son détriment ?

C'était là une garantie pour la femme. Était-elle si sérieuse qu'on pourrait le croire ? Divers textes nous apprennent que parfois, pour prémunir l'acheteur contre

(1) Lefebvre, *op. cit.*, p. 254.

(2) Beaumanoir, chap. XXI, n° 622. *Etablissemens de saint Louis*, I, chap. CLXVI, de femme qui demande dotière : « Se aucuns bons ven-
« doit sa terre, fut gentilshons, ou coustumier, sa fame après sa mort
« auroit son dotière ès choses que il auroit vendues... » Dumoulin le
redit plus tard sur l'article 119 de la Coutume du Grand Perche : « Si
« le mary sans le consentement de sa femme vend son héritage sujet
« à douaire de tout ou en partie, la femme peut, après le décès de son
« mary demander son douaire à l'acheteur sur les héritages ainsi
« vendus. »

(3) Lefebvre, p. 572.

une éviction possible, la femme renonçait à son douaire (1). Ne lui était-il pas trop facile de se dépouiller ainsi de son droit ? Il ne le semble pas.

Au xiii^e siècle, la renonciation au douaire ne devait pas être bien fréquente à cause de la rareté des aliénations immobilières. De plus, il semble qu'elle se faisait solennellement, sous serment, et sans que le consentement de la femme fût enlevé par surprise (2). Plus tard, si les ventes d'immeubles furent plus fréquentes, il intervint en même temps un autre facteur, qui ne fut pas de nature à rendre la situation de la femme plus précaire. L'influence du droit romain grandit, et avec elle le sénatus-consulte Velléen redevint presque en vigueur. Le concours de la femme, dans notre cas, il n'était pas douteux que ce ne fût une *intercessio*. Ce fut même une des espèces que l'on mit le plus souvent en avant dans l'invocation du Velléen. Voici comment s'exprimait Bouteiller, en décrivant un troisième moyen par lequel les femmes perdaient leur douaire : « La tierce manière, c'est, si elle a renoncé au droit qu'on dit Velléen ; c'est le droit que l'empereur Velléen fit pour le droit des dames ou demoiselles qui les relève en leur cas et en leurs causes, et leur fait avoir droit de douaire » (3). Voilà un auteur du xiv^e siècle qui, en parlant du

(1) Beaumanoir, chap. XXI, n° 622. « Mais voire est que le tréfond de l'héritage qui est de par la femme ne peut li mari vendre si ce n'est de l'octroi et de la volonté de sa femme, ni le sien même si elle ne renonce à son douaire... »

(2) Un passage des *Etablissements de saint Louis* est à cet égard caractéristique (I, chap. CLXVI) : « Et se cil qui l'auroit achetée disoit : « Je ne l'achèterai pas de vous, se vous ne faites jurer à vostre fame que jamais riens n'i demandera ne par douïere ne par autre chose «et se elle l'avoit ainsi juré de sa volonté sans force, elle n'i pourroit plus rien rappeler. »

(3) Bouteiller, *Somme rurale*, liv. 2, chap. XCVIII. M. Lefebvre, qui

douaire, est tellement pénétré des principes du droit romain que c'est dans le Velléien qu'il place l'origine du douaire, en quoi il se trompe manifestement. Mais qu'importe ! Ce qui est intéressant, c'est que ce texte nous prouve qu'à partir de la renaissance du droit romain la femme ne put jamais abandonner son douaire sans renoncer formellement et solennellement au Velléien (1). Il n'était même pas suffisant de renoncer au Velléien. Ce sénatus-consulte avait défendu à la femme toute *intercessio pro marito*. Mais, nous l'avons vu, cette prohibition avait été aggravée par l'authentique *si qua mulier* (2). Or cette authentique fut invoquée dans nos pays de Coutumes dès le xiv^e siècle. Il fallut donc y faire également renoncer la femme. Par suite, il y avait, indépendamment de la renonciation au douaire, une double renonciation, et cette renonciation était même souvent annulée (3).

Nous pouvons maintenant comprendre comment, tout au moins pour le douaire coutumier, s'explique l'absence de l'hypothèque légale pendant notre période. La femme n'a pas d'hypothèque, mais : 1^o Le douaire constitue un véritable droit réel sur les immeubles du mari et les rend inaliénables par ce dernier sans le concours de sa femme ; 2^o ce concours ne suffit pas, il faut que la femme renonce expressément à son douaire ; 3^o cette renonciation ne suffit pas. Il faut de plus qu'elle renonce aux bénéfices que l'on

cite ce texte, p. 509, note 1, a pris soin de réfuter l'erreur que comme Bouteiller quand il dit que c'est au Velléien que les femmes françaises doivent leur douaire.

(1) Lefebvre, p. 514, note 2.

(2) Ci-dessus, p. 7. — Nous reviendrons du reste sur la question du Velléien et de l'*intercessio* au moment où nous traiterons des indemnités dues à la femme pour dettes contractées avec son mari.

(3) Lefebvre, *op. cit.*, p. 514, note 3, *in fine*.

tire du droit romain et que l'on invoque à son profit, sénatus-consulte Velléien et authentique *si qua mulier* ; 4° enfin cette dernière renonciation pouvait encore être annulée. Inutile d'insister davantage. Tout ce mécanisme qu'il était nécessaire de mettre en branle lorsqu'un mari voulait vendre ses héritages, constitue au profit de la femme un ensemble de garanties des plus sûres. Elle n'a pas d'hypothèque pour son douaire pas plus qu'elle n'en a pour sa dot, mais c'est que pour celui-là comme pour celle-ci le besoin ne s'en faisait pas sentir. Au xiv^e siècle la femme était mieux protégée que de nos jours, et si elle laissait aliéner un immeuble de son mari, c'est qu'elle y consentait pleinement, en toute liberté. C'est à bon droit que l'on a jugé qu'« avant l'introduction de l'hypothèque légale sur les propres du mari, le douaire jouait dans la pratique un rôle assez analogue... » (1).

Nous n'avons parlé jusqu'à présent que du douaire coutumier. Recherchons maintenant si pour le douaire préfix l'absence de l'hypothèque jusqu'au xvi^e siècle se justifie aussi aisément.

Et d'abord (nous avons réservé cette question), pourquoi stipulait-on le douaire préfix ? C'était en grande partie pour remédier aux inconvénients du douaire légal. Nous avons vu à quel point le mari était lié sur sa fortune propre par le douaire. Il ne pouvait aliéner un de ses héritages qu'au prix des plus grandes difficultés et seulement avec le concours de sa femme. Et pourtant le douaire ne grevait que la moitié de ses biens, mais, faute d'assignation sur certains d'entre eux, il était impossible d'en soustraire aucun. Pour la vente de chaque héritage, c'était l'obligation absolue de

(1) Lefebvre, p. 515.

se procurer le consentement de la femme et ses renonciations, tant au droit lui-même qu'aux bénéfices destinés à le sauvegarder et qu'elle pouvait invoquer. S'agissait-il de plus d'un douaire étendu aux enfants ? Là, c'était bien pis, l'inaliénabilité était absolue. Il était impossible au mari, aussi bien agissant seul que de concert avec sa femme, de compromettre leur droit. Dans tout cela, complication très grande, et qui dut, dans bien des cerveaux, faire surgir l'idée de constituer, dans la fortune propre du mari, un noyau de biens libres qu'il pût aliéner sans préjudicier le moins du monde aux intérêts de sa femme et éventuellement de ses enfants. On se rendra mieux compte de ce que nous avançons à la lecture d'un passage topique des rapports de Lamoignon. Après avoir défini le douaire, et ses deux aspects, l'auteur ajoute : « Le coutumier est fort ennuyeux
 « et incommode, en ce qu'il est réel et se prend en fonds
 « sur les héritages du mary, de manière que du jour du
 « mariage le mary demeure privé et interdit de la possession, et même de la propriété de certaine portion des
 « héritages qui lui appartiennent lorsqu'il se marie, et de
 « ceux qui lui échéent durant le mariage par succession en
 « ligne directe, *ce qui retranche la liberté du commerce*. Et
 « de plus on a jugé par les arrêts que les enfants douairiez
 « peuvent vendiquer les héritages sujets au douaire coutu-
 « mier en l'état qu'ils les trouvent lors de l'ouverture d'ice-
 « luy, sans rembourser les méliorations faites sur iceux :
 « et on a vu depuis vingt-cinq ans un acquéreur de bonne
 « foi qui avoit élevé un bâtiment de dix mil écus sur une
 « place scise en l'un des faux bourgs de Paris, qui avoit été
 « par lui acquise cinquante ans auparavant pour une somme
 « de quatre cents livres, perdre la moitié du fonds et des
 « bâtiments faits à ses dépens... Et c'est la raison pour

« laquelle on a introduit l'usage du douaire préfix qui est
 « moins onéreux, attendu qu'il consiste en une rente ou
 « fonds d'héritage particulier [ou en une somme d'argent
 « à prendre par hypothèque sur les biens du mary] et à
 « présent selon l'usage commun on ne donne plus dans les
 « contracts de mariage le douaire coutumier (1). »

La principale utilité du douaire préfix, c'était donc de ne laisser subsister le droit de la femme que sur une partie des immeubles du mari spécialement désignés, de façon à permettre librement la négociation des biens dont ne parlait pas le contrat de mariage. Ce résultat pouvait être obtenu de diverses façons, soit en réduisant (2), soit en augmentant (3) le douaire, soit en respectant la quotité du douaire coutumier que l'on se bornait à assigner, de façon que la moitié non assignée se trouvât affranchie de la charge du douaire (4), soit enfin en échangeant l'assiette, en constituant un douaire en rente. De cette façon le droit de la femme n'immobilisait pas tous les héritages du mari. La femme avait ainsi tantôt la jouissance de la totalité de certains immeubles déterminés, tantôt elle percevait une rente viagère équivalente au revenu que lui aurait procuré le

(1) Lamoignon, *Rapports, des douaires, habitations et augments de dot*, p. 465 et 466. Il ne faut pas perdre de vue que ces lignes intéressantes ont été écrites au xvii^e siècle. Nous y trouvons une allusion à l'hypothèque, que nous avons mise entre crochets, et qu'il sera bon de se rappeler lorsque nous constaterons l'évolution qui rendit l'hypothèque nécessaire.

(2) C'était toujours possible. LeFebvre, *op. cit.*, p. 516.

(3) L'augmentation semble avoir été proscrite par la Coutume primitive, mais plusieurs Coutumes, notamment celle de Paris, permettaient l'augmentation. Les rapports de Lamoignon (*loc. cit.*, p. 466) nous disent que le douaire préfix se montait « à des sommes immenses ».

(4) Cf. sur l'assignation du douaire coutumier Lamoignon, *rapports, loc. cit.*, p. 471.

douaire coutumier. Dans le premier cas, nul doute que le douaire ne constituât encore un droit réel sur les immeubles affectés. Dans le deuxième, à première vue l'on pourrait croire la situation de la femme moins bonne. Il n'en était rien. Lorsque l'on stipulait un douaire préfix en rente, la rente se prenait sur un ou des immeubles déterminés du mari. C'était le mode de constitution normal du passif foncier au moyen âge (1). Celui qui avait une dette à acquitter affectait une portion du revenu de sa terre à cet acquittement (2). C'était l'héritage même qui devenait le véritable débiteur, de sorte que ses acquéreurs successifs avaient la charge de continuer le service de la rente (3), souvent même des rentes, car au fur et à mesure de la naissance de diverses dettes, plusieurs rentes pouvaient être établies sur le même bien, tant qu'il semblait suffisant pour en répondre. Dans l'espèce particulière d'un douaire préfix assigné en rente, cette rente était une véritable charge foncière et formait droit réel sur l'immeuble grevé. Ici, comme plus haut, nous comprendrons donc comment une hypothèque était superflue pour la femme (4).

Toutefois, nous pouvons nous rendre compte de la façon

(1) Cf. dans Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit*, p. 212 et s. (5^e édit.) d'intéressants détails sur la censive.

(2) Sous réserve bien entendu, pour les tenures féodales, du consentement du seigneur.

(3) Esmein, *op. cit.*, p. 688.

(4) Ajoutons une dernière observation relative au douaire. Arrivait-il que le mari voulût vendre un de ses propres grevés du douaire ? Il lui suffisait pour cela de convenir avec sa femme qu'en compensation tel autre de ses immeubles encore non affectés au douaire serait subrogé à l'immeuble vendu. Ce cas était fréquent (Lefebvre, p. 514, note 2). Il aurait pu y avoir là plus tard matière à une récompense légale, mais nous n'en trouvons trace nulle part, sauf dans Lamoignon, qui en avait posé le principe dans ses arrêtés (*Des douaires*, art. 31).

dont l'hypothèque deviendra nécessaire. Nous avons dit que le douaire préfix pouvait être déterminé de deux façons, par l'assignation du douaire coutumier ou par la constitution d'une rente, et nous avons indiqué sommairement comment, convenu de cette façon par contrat de mariage, le douaire conservait le caractère de droit réel que lui avait donné la coutume. Or il arrivera que par suite d'une évolution que nous n'avons qu'à constater, la rente représentant le douaire perdra en jurisprudence son caractère de rente foncière. C'est le mari et non plus la terre qui en sera débiteur personnel. Par suite le droit de la femme deviendra une simple créance.

D'autre part, l'habitude se répandra également de stipuler en guise de douaire une somme fixe, un capital (1). Ici encore la femme n'aura plus qu'un droit de créance, et par suite, dans ce cas, comme dans le précédent, sa créance aura besoin d'être garantie. Cette garantie sera l'hypothèque. Entre de nombreux textes, celui que nous avons cité plus haut et qui est extrait des rapports de Lamoignon est caractéristique : le douaire consiste, dit-il, « en une somme d'argent à prendre par hypothèque sur les biens du mari ». Ainsi donc, c'est lorsque nous trouvons le droit de la femme réduit à l'état d'une simple créance que nous constatons également qu'elle a une hypothèque pour le garantir. Voilà qui confirme ce que nous avons dit que si la femme eut tard une hypothèque, c'est qu'auparavant elle n'en avait pas besoin. Diverses clauses du contrat de mariage assuraient la restitution de la dot. Quant au douaire, il était réel ; mais tandis que la dot continue à être garantie par les mêmes moyens, le douaire finit par n'être plus qu'une créance dont le recouvrement nécessite la sanction d'une sûreté réelle. C'est la création de cette sûreté que nous allons étudier.

(1) Cf. Bacquet, *Traité des droits de justice*, ch. XXI, n° 340.

TITRE II

LE DÉVELOPPEMENT DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

CHAPITRE PREMIER

SON APPARITION SOUS UNE DOUBLE FORME. — HYPOTHÈQUE
RÉSULTANT DU CONTRAT DE MARIAGE. — HYPOTHÈQUE TACITE.

I

Il ressort de nos développements antérieurs que de très bonne heure les contrats de mariage furent fréquents. Les procédés employés pour garantir la restitution de la dot résultaient exclusivement de la volonté des parties. Il fallait donc les faire l'objet de clauses des contrats. D'autre part, pour les raisons que nous avons vues, l'habitude se prenait de stipuler un douaire préfix. Au résumé, tant pour la dot que pour le douaire, le contrat de mariage devenait réellement utile, et il se développait de plus en plus. En outre, les conventions qu'il renfermait étant assez compliquées, il était naturel de les faire rédiger par des notaires. On était d'autant plus porté à s'adresser à eux qu'il était nécessaire que ces conventions fussent arrêtées définitivement le jour

du mariage. A partir de la renaissance du droit romain, la règle de la prohibition des libéralités entre époux s'était établie en pays coutumier, et il importait que l'on ne pût y contrevenir en altérant après coup le contrat de mariage : « Si ces changements étaient permis, écrivait plus tard « Prévôt de la Janès dans ses *Principes de jurisprudence*, « ils troubleraient la paix des ménages, le repos des familles qui prennent leur assurance sur les contrats de mariage, et ouvriraient la porte aux avantages indirects si « contraires à la conservation des biens dans les familles » (1). Ce principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne pouvait être respecté que si le contrat était notarié. C'était le seul moyen d'empêcher les antيدات et les modifications apportées au texte primitif. En outre, si des changements étaient possibles avant le mariage, encore devaient-ils être faits dans des formes que comportait seul l'acte notarié. On voit donc qu'en même temps qu'il se généralisait, le contrat de mariage allait presque toujours se passer par devant notaire (2).

Il en résultera pour lui une autre conséquence que l'immutabilité des conventions matrimoniales. Il entraînera une hypothèque générale sur les biens du mari, comme tout acte authentique en entraînera une sur les biens du

(1) Passage cité par M. Lefebvre, *op. cit.*, p. 432.

(2) Pothier, *Préface du traité de la communauté*, n° 12. « Cet acte « doit être passé devant notaire ; on rejette, dans la plupart de nos « provinces, les contrats de mariage passés sous signatures privées. « La raison est, afin d'empêcher que les conjoints par mariage n'eussent un moyen facile d'éluder la loi, qui leur défend de se faire « aucun avantage durant le mariage, en faisant, durant le mariage, « des contrats de mariage qu'ils antedateroient d'auparavant. » C'était principalement en Normandie que les contrats sous seings privés étaient admis, mais nous verrons qu'ils ne l'étaient que sous certaines conditions.

débiteur. Ce fut le résultat d'une évolution qu'il est nécessaire de retracer sommairement (1).

Nous avons vu (2) comment l'obligation s'était répandue dans les mœurs du moyen âge, comment un créancier avait soin d'exiger de son débiteur que, par avance, il consentit, pour le cas où il n'aurait pas remboursé sa dette à l'échéance, à l'aliénation éventuelle de ses biens. Cette clause était tellement de style que l'on prit l'habitude de la sous-entendre. Ce point est mis hors de doute par le texte suivant de Loyseau : « ... Et encore en France on a bien passé « plus outre : car pour ce qu'en tous les contrats, par un « stile ordinaire des notaires, on s'est accoustumé d'insérer « la clause d'obligation de tous les biens, on a enfin tenu « pour règle que tous les contrats portoient hypothèque « sur tous les biens, comme ceste clause estant sous-en- « tendue si elle avoit esté obmise (3) ». En effet, obliger ses biens, c'était les hypothéquer. En sous-entendant dans le contrat une obligation de tous les biens, on sous-entendait par là-même une constitution d'hypothèque. Qui s'oblige oblige le sien, répétait-on (4). Mais n'eût-on pas dû être conduit dès lors à sanctionner d'une hypothèque toute obligation personnelle, fût-elle sous signature privée, fût-elle même verbale (5)? Si ces conséquences excessives ne

(1) Nous empruntons la plupart des détails qui vont suivre à l'intéressante étude déjà citée de M. Esmein sur les contrats dans le très ancien droit français ; p. 201 et s., § 4. *L'hypothèque des actes notariés et des jugements*.

(2) Ci-dessus, p. 12 et s.

(3) Loyseau, *Du déguerpissement*, liv. III, chap. I, n° 15.

(4) « C'est un usage général et certain que toute obligation recon-
« nue emporte hypothèque sans autre stipulation suivant cet ancien
« proverbe : qui s'oblige oblige le sien » (Basnage, *Traité des hypo-
thèques*, p. 30).

(5) Il en était ainsi dans la très ancienne Coutume de Bretagne.

furent pas admises en droit coutumier, c'est qu'un principe formel s'y opposait : l'hypothèque générale ne pouvait résulter que d'un acte authentique (1). Cette règle fut adoptée en jurisprudence, nous apprend M. Esmein, à la suite d'une évolution de la théorie des preuves. A l'origine les obligations se consentaient de trois façons : 1° par des lettres scellées du sceau de l'obligé, mode employé par les nobles et les ecclésiastiques de condition ; 2° par des chirographes, actes privés simplement signés de l'obligé ; 3° par un contrat verbal prouvé par témoins.

La lettre scellée était, somme toute, un acte authentique. Mais elle disparut lorsque les seigneurs n'eurent plus entre les mains aucune parcelle de l'autorité publique, car leur sceau en était l'insigne. Dès lors « l'apposition d'un sceau privé fut simplement assimilé à une signature privée ou à la marque d'un illettré (2) ».

Quant aux chirographes ou actes sous seing privé, ils finirent aussi par être abandonnés. Un jour vint où la mauvaise foi fut à craindre dans les contrats, et où de tels actes n'offrirent aucune garantie contre les fraudes du débiteur, notamment contre celle consistant à faire passer un créancier avant un autre plus ancien. Aussi au xvi^e siècle, du temps de Dumoulin, n'avaient-ils plus force probante (3). Il fallait toutefois faire exception pour les actes vérifiés en justice. D'après la jurisprudence, une personne qui s'était obligée par un contrat sous seing privé pouvait être traduite en justice à l'effet de reconnaître ou de dénier sa

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 206 *in fine*, 207 et s.

(2) Esmein, p. 213. — Cf. *Ordonnance de Moulins*, art. 54.

(3) « *Increbrescente hominum malitia et rarescente fide, hujus modi « privatæ scripturæ jam dudum cæperunt esse nullius fidei* » (Dumoulin, *Coutume de Paris*, art. 3, glose 1, n° 11).

signature. La reconnaissait-elle? L'acte avait force probante. La déniait-elle? C'était à celui qui se prévalait de l'acte à prouver que l'écriture était bien celle de son adversaire, et cette preuve se faisait, soit par la comparaison d'écriture, soit bien plutôt par témoins. Une fois reconnu ou vérifié en justice, non seulement l'acte sous seing privé avait une sorte d'authenticité, mais, chose curieuse, il emportait de plein droit une hypothèque générale sur tous les biens du débiteur. Celui-ci était présumé avoir voulu les obliger; en constatant la sincérité de l'acte, le jugement rendait manifeste cette volonté et faisait apparaître l'hypothèque.

En raison de cette jurisprudence, il devenait inutile de constituer une hypothèque par acte sous seing privé. Il n'avait aucune valeur, et s'il était reconnu plus tard en justice, le jugement lui eût aussi bien fait produire hypothèque en l'absence de toute constitution. Ce qu'il fallait en somme, c'est que l'acte eût le caractère authentique. Or si le jugement le lui conférait quand il était sous signature privée, il l'avait dès l'origine, lorsqu'il était notarié. Par suite, il était naturel, en premier lieu, de constituer par devant notaire l'hypothèque qui ne pouvait plus l'être par un simple contrat privé, et en second lieu de sous-entendre dans les actes notariés, la clause d'obligation de tous les biens.

C'est ainsi que l'hypothèque générale des actes sous seings privés reconnus en justice et celle des actes notariés résultaient du même principe (1). Or la jurisprudence relative

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 218, qui ajoute à bon droit que les rédacteurs du Code civil ont manqué de logique en supprimant l'hypothèque de l'acte notarié et en conservant celle des jugements de reconnaissance d'écriture. — Cf. Planiol, *Traité de droit civil*, t. II, n^{os} 2879 et 2880.

aux actes sous seings privés reconnus ou vérifiés fut consacrée par l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 (articles 91 à 93) (1). Bien qu'il n'y soit pas question de l'hypothèque générale des actes notariés, comme celle-ci avait la même source que l'hypothèque des jugements de reconnaissance, c'est certainement vers la même époque qu'il faut placer son apparition : « Depuis l'ordonnance de François I^{er} de l'an « 1539, écrit Denisart, les écritures privées eurent moins « de force qu'elles n'avaient eu jusqu'alors : la preuve de « l'hypothèque acquise par écriture privée signée de trois « témoins fut alors abrogée. On n'a plus reconnu d'hypo- « theque conventionnelle que quand elle résultait d'un acte « authentique ou reconnu en justice ; et l'on a été obligé « d'avoir recours aux notaires pour assurer entièrement les « dates des actes, et l'hypothèque qui pouvait en résul- « ter (2). »

N'oublions pas cependant que pendant une grande partie du xvi^e siècle, la preuve testimoniale resta en vigueur ; qu'un créancier prouvât par témoins que son débiteur lui avait consenti une hypothèque à telle date, il pouvait primer d'autres créanciers munis d'actes authentiques postérieurs (3). La règle : « Témoins passent lettres » était encore en vigueur. A une époque où la crainte des fraudes enlevait aux actes privés leur force probante, c'était là un véritable abus ; il y avait à craindre les fausses allégations

(1) Déjà la Coutume de Paris rédigée en 1510 disait dans son article 78 : « Cédule privée qui porte promesse de payer emporte hypothèque du jour de la confession d'icelle en jugement. »

(2) Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, v^o *Hypothèque*, n^o 27. Au n^o 34, il dit également que la jurisprudence relative à l'hypothèque produite de plein droit par l'acte notarié date du règne de François I^{er}.

(3) Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 218.

de témoins subornés, et une telle règle ne pouvait qu'entraver le développement du nouveau principe de l'hypothèque générale de l'acte notarié et des écritures vérifiées.

Cette situation dura jusqu'en 1566. A cette époque l'ordonnance de Moulins, en prohibant au-dessus de cent livres la preuve testimoniale en matière de contrats, vint rendre impossible dans presque tous les cas de prouver par témoins une constitution d'hypothèque non constatée par acte authentique. C'est alors que la jurisprudence fut portée à faire d'un tel acte un élément substantiel de la constitution d'hypothèque, puisque cette sûreté ne pouvait plus être stipulée verbalement que pour une somme dérisoire. On comprend ainsi que certains auteurs ayant remarqué que la convention d'hypothèque exigeait un acte authentique, aient attribué à son caractère exécutoire l'hypothèque générale que cet acte entraînait (1).

C'était une erreur, mais elle nous importe peu. Nous n'avons à envisager que l'institution en elle-même, l'hypothèque générale résultant de l'acte notarié. Or nous venons de voir qu'elle naquit dans la première moitié du xvi^e siècle, vers l'époque de l'ordonnance de Villers-Cotterets (1539). Mais n'oublions pas qu'elle ne put avoir son importance qu'après l'ordonnance de Moulins (1566) puisque jusque-là elle pouvait être contrebalancée par le principe encore admis de la preuve testimoniale.

(1) Nous avons vu que c'était la volonté sous-entendue des parties qui la produisait. Ce qui prouve que ce n'était pas le caractère exécutoire, c'est qu'un acte authentique, scellé d'un sceau seigneurial, n'avait force exécutoire que dans les limites de la seigneurie, tandis qu'il emportait hypothèque dans tout le royaume (Esmein, p. 203). Cette opinion inexacte fut professée notamment par Brodeau, Prévot de la Janès et Pothier (Esmein, p. 222 et 223).

II

La nouvelle sûreté réelle allait donc s'appliquer aux contrats de mariage notariés, et il suffit de se rappeler leur fréquence pour comprendre combien grand devait être son rôle.

Il ne le fut pas dans les premières années qui suivirent l'ordonnance de 1539. Il ne semble pas, nous l'avons vu (1), que Dumoulin ait rien dit de cette hypothèque. Remarquons d'ailleurs qu'il est mort en 1566 ; il n'aurait guère eu le temps d'étudier une institution de création aussi récente ; au surplus les questions qu'eut à trancher la jurisprudence sur l'hypothèque du contrat de la femme ne paraissent-elles pas avoir été nombreuses avant le dernier tiers du xvi^e siècle. Nous avons bien relevé un arrêt de 1554 (2), mais il est isolé. Rien d'étonnant à cela, puisque l'ordonnance de Moulins n'avait pas encore été rendue, et que la règle de la preuve par témoins ne pouvait se concilier avec celle de l'hypothèque résultant de l'acte authentique.

Notre hypothèque toutefois était pleinement connue du temps de Guy Coquille, qui nous dit expressément : « Les « contrats de mariage reçus par notaire de cour Laye em-
« portent hypothèque qu'on tient pour expresse (3). »

Une telle hypothèque sanctionna naturellement toutes les clauses du contrat ; celles-ci n'étaient pas nombreuses à l'origine ; tout ce que l'on remarque dans les contrats à partir de la fin du xvi^e siècle ne s'y rencontrait pas jadis. Clauses

(1) Ci-dessus, p. 17, note 3.

(2) Louet et Brodeau, lettre D, sommaire 40, n^o 3.

(3) *Commentaire sur la Coutume du Nivernais*, ch. 23, *Droits appartenant à gens mariés*, art. 18, sous les mots : *Hypothèque par la Coutume*. Guy Coquille vécut de 1523 à 1603.

de reprise d'apport franc et quitte, stipulations de remploi, d'indemnité des dettes, avantages matrimoniaux, tout cela est de création récente et s'est insinué dans la pratique au cours du xvi^e siècle (1). Ce que fixaient les anciens contrats, c'étaient la dot et le douaire. La dot, nous avons vu par quels procédés sa restitution était assurée. Si l'hypothèque n'était venue les rendre inutiles, ils eussent certainement subsisté. Quant au douaire, c'étaient les inconvénients du douaire coutumier qui le faisaient souvent stipuler par contrat de mariage, et nous avons vu que le douaire préfix ne tarda pas à devenir un simple droit de créance de la femme. C'est donc lui qui eut le plus besoin d'être garanti par la nouvelle hypothèque générale du contrat, et c'est à lui certainement qu'elle fut d'abord utile (2). Elle ne le devint que plus tard à la dot, après que son apparition eût entraîné la désuétude des anciens moyens qui servaient à la faire restituer.

Du reste, une fois entrée dans la pratique, elle eut pour effet d'entraîner une complexité plus grande dans les contrats. C'est l'époque où la Coutume admit les privilèges de la femme à la dissolution du mariage, notamment la renonciation et le bénéfice d'émolument. Par suite toutes ces clauses qui n'existaient pas à l'origine et que nous avons citées plus haut firent désormais partie des conventions matrimoniales, et se développèrent d'autant plus qu'elles y profitaient de la nouvelle garantie. Nous les examinerons plus tard en détail. Nous voudrions auparavant donner une vue d'ensemble de la façon dont s'organisa l'hypothèque légale de la femme mariée en droit coutumier.

(1) Toutes ces clauses se sont développées précisément parce qu'elles pouvaient profiter de la sanction que produisait le contrat.

(2) Lefebvre, p. 573.

La dot continuant à être en majeure partie mobilière, on conserva l'habitude d'en stipuler propre une partie. On rendait ainsi la femme créancière, mais point n'était besoin, pour garantir cette créance, de déposer ou d'assurer l'emploi de la portion réservée propre. Cette stipulation, étant insérée dans un contrat de mariage, eut pour sanction l'hypothèque générale qui en résultait.

On prit aussi l'habitude de mettre dans le contrat une clause nouvelle, dite de reprise d'apport franc et quitte permettant à la femme de reprendre son mobilier, tout en renonçant à une communauté mauvaise. Cette clause, bien qu'assez ancienne dans certaines régions, n'entra réellement en usage, en droit commun coutumier, que quand elle fut garantie par l'hypothèque que produisait le contrat (1).

Ces clauses de reprise d'apport et de réalisation étaient inspirées par l'idée de dot restituable que la faveur grandissante du droit romain implantait de plus en plus dans les régions coutumières. Or la législation de Justinien accordait aux femmes une hypothèque tacite pour la restitution de leur dot.

Cette hypothèque tacite, la jurisprudence, par analogie, l'invoqua en droit commun coutumier, et de même que l'hypothèque du contrat garantissait le recouvrement des deniers que la femme avait pris soin de réaliser, de même l'hypothèque tacite, en l'absence de contrat, assura la reprise de ses deniers propres, de ceux par exemple qui lui étaient donnés ou légués avec exclusion de communauté.

La même idée de dot poussa à stipuler au profit de la femme des récompenses tant pour le défaut de remploi de ses propres aliénés que pour l'indemnité des dettes contrac-

(1) Lefebvre, p. 575.

tées avec son mari. Ces récompenses furent recouvrées à l'aide de l'hypothèque du contrat. Consacrées plus tard par la Coutume ou la jurisprudence, elles obtinrent aussi, grâce à l'invocation du droit romain et par analogie avec lui, la sanction de l'hypothèque tacite.

En ce qui concerne le douaire, lorsqu'il était convenu par contrat, l'hypothèque de ce dernier constituait sa sûreté. Pour le douaire coutumier, la jurisprudence s'appuya également sur les précédents du droit de Justinien, où l'hypothèque tacite garantissait non seulement la dot, mais la *donatio ante nuptias*. Les arrêts accordèrent au douaire la garantie romaine comme ils l'avaient fait d'autre part pour la dot.

En définitive, qu'elle eût ou non un contrat de mariage, la femme se trouva protégée dans tous les cas.

En résumé, ce fut l'hypothèque générale résultant du contrat de mariage notarié qui constitua la première forme de l'hypothèque de la femme mariée, et la jurisprudence créa aussitôt après, sur le modèle de la législation du bas-empire, une hypothèque tacite au profit de la femme mariée sans contrat.

Telles sont les conclusions qui paraissent ressortir de l'examen des arrêts et de la lecture des auteurs, et nous allons essayer de montrer leur exactitude. Mais auparavant, il nous faut écarter une objection.

Deux provinces, en effet, ont connu l'hypothèque tacite avant l'hypothèque de l'acte notarié. Ce sont l'Auvergne et le Nivernais. Ne serait-ce pas l'indice que, contrairement à ce que nous avons dit, l'hypothèque tacite est apparue la première dans tout le droit coutumier?

Il est vrai que dès le ^{xv}^e siècle Masuer nous signale l'existence de l'hypothèque de la femme en Auvergne, et qu'en

1535 la Coutume de Nivernais parle déjà de cette hypothèque tacite.

Mais il n'y a rien là d'inexplicable. Nous verrons plus tard que la Coutume d'Auvergne, par suite de la situation de ce pays était imbue au plus haut point des principes du droit romain. Elle avait donc tout naturellement adopté l'hypothèque de Justinien. Quant au Nivernais, c'est certainement aussi à des influences romaines qu'il faut attribuer l'apparition précoce de l'hypothèque tacite en cette région (1). A vrai dire, cela se comprend moins aisément que pour l'Auvergne, le Nivernais étant plus au Nord. Mais il ne faut pas oublier que précisément les pays de droit écrit faisaient une forte pointe en Bourgogne, contiguë au Nivernais, et englobaient notamment le Beaujolais et le Mâconnais. L'on conçoit que par cette voie il y ait eu une pénétration des données romaines dans notre Coutume ; remarquons d'ailleurs que si l'hypothèque de la femme y fut admise plus tôt que dans les autres Coutumes, elle le fut beaucoup plus tard qu'en Auvergne, ce qui tend à faire croire que c'est bien l'influence romaine qui amena sa création. Cette influence devait s'exercer sur l'Auvergne bien avant d'arriver jusqu'au Nivernais.

A part ces deux exceptions, en pays de Coutume la première garantie des femmes fut certainement, comme nous l'avons dit, l'hypothèque générale du contrat notarié, et bien des circonstances semblent montrer qu'il est impossible que cette dernière ait été précédée par l'hypothèque tacite. 1^o S'il en avait été ainsi, si l'hypothèque tacite n'avait

(1) Lefebvre, *op. cit.*, p. 571, note 3. Il est facile de s'en convaincre à la lecture du commentaire de Guy Coquille sur l'article 18, chapitre XXIII de la Coutume. Les rapprochements avec le droit de Justinien y abondent.

pas été créée à l'imitation de l'hypothèque générale contractuelle, c'est à la renaissance du droit de Justinien, qui comportait pareille institution, qu'elle aurait dû apparaître ; tout au moins, puisque son principe était contestable dans le régime de communauté, elle eût dû donner lieu à des controverses sur l'opportunité ou la non-opportunité de son adoption. Or cette renaissance était achevée au *xiv^e* siècle. Déjà l'idée de la faiblesse féminine se voyait dans Faber et Bouteiller, et pour la protéger l'on invoquait le Velléen. L'idée de restitution de la dot se manifestait également et dictait dans les contrats les clauses que nous avons vues. Mais on ne relève aucune trace de l'hypothèque de la femme mariée.

C'est seulement à partir de la deuxième moitié du *xvi^e* siècle que nous avons des arrêts du Parlement de Paris où il en est question. De leur côté les auteurs commencent à peine à en dire quelques mots à la fin du même siècle (1), et ce rapprochement de la doctrine et de la jurisprudence doit nous porter à croire que l'hypothèque tacite ne pouvait remonter plus loin.

2^o Nous verrons que la grande utilité de l'hypothèque tacite fut de sanctionner les récompenses légales accordées à la femme. Or ces droits ne furent consacrés à son profit qu'à partir de 1580. La Coutume réformée ne visa qu'un cas de récompense. Les autres furent admis postérieurement par la jurisprudence. Jusqu'à 1580 le rôle de l'hypothèque tacite fut donc peu important, et l'on peut certes conjecturer qu'avant cette date, aucune autre raison que l'apparition de l'hypothèque générale du contrat notarié ne pouvait déterminer sa création.

(1) Ci-dessus, p. 17, note 3.

3° Mais voici un argument plus sérieux. Les contrats antérieurs au xvi^e siècle contenaient, nous l'avons signalé, des clauses destinées à assurer la restitution de la dot, assignat de la somme stipulée propre, dépôt prescrit de la somme à employer. Ces clauses ne prouvent pas seulement que le contrat n'emportait pas alors hypothèque générale. Elles prouvent également que la femme n'avait pas d'hypothèque tacite. En eût-elle eu une, ces clauses eussent été inutiles. Si aux derniers siècles de l'ancien droit, les contrats ne contiennent plus d'assignat ni n'ordonnent le dépôt des deniers à employer, c'est qu'ils produisent une hypothèque rendant tout cela superflu. En d'autres termes il y a incompatibilité entre l'usage de ces anciennes sûretés et l'existence d'une garantie hypothécaire au profit de la femme. Autre preuve de l'absence de l'hypothèque tacite à l'époque de ces stipulations.

4° Ce qu'il y a de plus caractéristique, c'est le rapport très net qui existe entre l'époque où parut l'hypothèque générale de l'acte notarié et les dates des premiers arrêts relatifs à l'hypothèque de la femme mariée. Nous avons dit que le principe de l'acte notarié emportant hypothèque devait remonter à l'ordonnance de 1539 avec développement restreint jusqu'à celle de 1566 et grande extension ensuite. Or l'examen de la jurisprudence montre que ce n'est que dans le dernier tiers du xvi^e siècle que ses décisions concernant les droits de la femme sanctionnés par son hypothèque deviennent abondantes, et que cependant, dès 1554, un arrêt avait été rendu sur cette même matière. Il y a donc là un rapprochement à faire. Du jour où les contrats de mariage produisirent une hypothèque générale, les diverses créances qui en résultaient purent être recouvrées sur les biens du mari à l'aide de cette nouvelle garantie ; mais ces créan-

ces n'avaient pas toujours la femme pour titulaire. Pour ne parler que du cas le plus fréquent, dans bien des Coutumes les enfants étaient créanciers de leur père pour le fonds du douaire. Quand la succession du mari était partiellement insolvable, il devenait intéressant de savoir qui devait être préféré, la femme pour sa dot ou les enfants pour leur douaire. Et c'est précisément cette question de préférence que tranche le premier arrêt que nous trouvons.

Mais l'on conçoit que la jurisprudence n'ait eu fréquemment à statuer qu'après l'ordonnance de Moulins. Jusque-là la garantie qui résultait du contrat était fragile, puisqu'un tiers pouvait venir prouver par témoins que le défunt mari lui avait consenti une hypothèque antérieure à celle du contrat. Les parties devaient donc être peu portées à se prévaloir en justice de l'hypothèque générale du contrat, de peur d'attirer l'attention de tiers intéressés à les dépouiller et capables dans ce but de recourir à de faux témoignages (1).

Ainsi, nous relevons une concordance parfaite entre l'apparition de l'hypothèque générale de l'acte notarié dans la pratique et celle de l'hypothèque de la femme mariée en jurisprudence. C'est donc une raison pour croire que les premiers arrêts relatifs à notre institution statuèrent sur des procès causés par l'application de cette hypothèque générale aux contrats de mariage notariés et que c'est

(1) Supposons le cas suivant : le mari mourant sans laisser d'enfants, ses biens devaient faire retour à sa famille, mais ils étaient absorbés par les reprises de la femme : ne dut-il pas arriver que par une fraude des plus coupables, mais malheureusement possible, les héritiers du mari, pour parvenir à écarter la créance de la femme, établirent à l'aide de témoins subornés, l'existence d'une prétendue créance hypothécaire plus ancienne ?

seulement à l'imitation de celle-ci que l'hypothèque tacite fut créée.

Nous allons maintenant aborder l'étude des divers droits de la femme en les considérant comme sanctionnés, tantôt par l'hypothèque conventionnelle, tantôt par l'hypothèque tacite.

CHAPITRE II

L'HYPOTHÈQUE DE LA DOT.

SECTION I. — Les stipulations de propres et d'emploi.

Nous avons relevé plus haut l'usage de ces stipulations aux ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles. Aux siècles postérieurs on les rencontre encore, mais elles ne présentent plus les mêmes caractères.

§ 1^{er}. — La stipulation de propres.

Cette clause avait pour effet (nous l'avons dit) de permettre à la femme ou à ses héritiers de reprendre à la dissolution du mariage une somme égale à la somme stipulée propre, égale, disons-nous, parce que le mari conservait la libre disposition des deniers faisant l'objet de la stipulation et n'était nullement tenu de les conserver en nature (1).

Comme aux ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles, les dots des filles étaient fréquemment mobilières (2). Aussi l'usage était-il, pour empêcher l'entrée complète en communauté des deniers

(1) C'était l'application des règles du quasi-usufruit. — Cf. Pothier, *Traité de la communauté*, 1^{re} partie, chap. III, n° 325, qui expose fort bien la différence qu'il y a entre les propres réels et les propres conventionnels. — *Id.* Renusson, *Traité des Propres*, chap. VI, sect. III, n° 5.

(2) « Ordinairement les femmes apportent leur dot en deniers. » Guy Coquille, *Quest. et Rép.*, 112. — Il nous dit ailleurs que les bourgeois trouvaient plus facilement à marier leurs filles en les dotant en argent (sur l'art. 17, chap. XXIII de la Coutume de Nivernais).

apportés par la femme, d'en stipuler propres les deux tiers (1).

En général, la stipulation de propres était expresse, mais cela n'était pas nécessaire. Il pouvait y avoir une stipulation tacite résultant d'autres clauses, par exemple de la clause d'apport. Une femme ayant une dot déterminée en deniers n'en apporte-t-elle qu'une partie en communauté aux termes du contrat ? Il en résulte que le surplus lui reste propre et est tacitement exclu de la communauté. Comme le dit Pothier : « Dire que de cette somme il en entrera en communauté dix mille livres, c'est bien dire que le surplus n'y entrera pas : *qui dicit de uno negat de altero* » (2).

Remarquons que l'on n'adjoint plus à la stipulation de propres un assignat. C'est devenu inutile. La femme n'a plus besoin de cette garantie, car elle en a une autre : c'est l'hypothèque générale résultant du contrat (3). Voilà pourquoi l'assignat a disparu (4).

Étudions maintenant plus en détail notre clause, et notamment les extensions auxquelles elle donnait lieu. Elles ont grande importance, et nous devons nous en souvenir lorsque nous verrons plus tard le fameux ordre de préfé-

(1) Renusson (*Traité des Propres*) et Pothier (*Communauté*) citent constamment cette proposition ; Ollier, *op. cit.*, p. 38, note 1, énumère un certain nombre de contrats extraits des cartons des *Archives nationales* et qui tous ne font entrer en communauté que le tiers de la dot de la femme. Ex. : « Dot de 30.000 livres en deniers comptans, de laquelle somme entrera en communauté la somme de 10.000 livres, et le surplus sera et demeurera propre » (Contrat de 1619).

(2) Pothier, *Communauté*, n° 317.

(3) Renusson (*Propres*, chap. VI, sect. III, n° 4) nous dit expressément, en parlant des stipulations de propres, que « la femme a son hypothèque du jour du contrat de mariage ».

(4) Il persista dans certaines régions pour des raisons spéciales que nous étudierons.

rence selon lequel s'exerçaient, à la dissolution du mariage, les créances de la femme garanties par son hypothèque légale.

1° *Stipulation de propres au premier degré.* — En premier lieu, la stipulation de propres pouvait être simple, lorsqu'il était dit que la somme de... serait propre à la femme. La communauté se dissolvait-elle par prédécès de la femme, qui laissait pour héritier un enfant issu du mariage? Cet enfant avait bien une créance en reprise des deniers réalisés, mais venait-il à mourir, laissant cette créance dans sa succession? Cette créance était mobilière, et le mari survivant succédant au mobilier de son enfant, la créance, en entrant dans son patrimoine, s'éteignait par confusion (1).

2° *Stipulation au deuxième degré.* — Il était dit que la somme de... serait propre à la femme *et aux siens* (autres formules : à ses enfants, à ses hoirs). La femme mourant, laissant plusieurs enfants pour héritiers, un de ces enfants venant à mourir ensuite, la créance en reprise, pour la part à laquelle il avait succédé à sa mère, était, dans sa succession, réputée immeuble et propre maternel. Les autres enfants y succédaient, à l'exclusion du mari survivant.

Les termes « siens » et « hoirs » comprenaient toute la postérité en ligne directe de la femme, aussi bien les petits-enfants que les enfants (2). Mais ils ne comprenaient pas les collatéraux. La jurisprudence était absolument fixée en ce sens (arrêt du 25 décembre 1609) (3).

3° *Stipulation au troisième degré.* — La somme était propre à la femme, aux siens, *et à ceux de son côté et ligne*.

(1) Pothier, *Communauté*, n° 326

(2) *Ibid.*, n° 328.

(3) Montholon, *Arrêts en robes rouges*, n° 115, rapporté par Renusson, *Propres*, chap. VI, sect. IV, n° 4 et 5.

Cette clause étendait la fiction de la réalisation aux collatéraux. Par exemple, dans le cas précédent (stipulation au deuxième degré), la créance de reprise était, dans la succession du dernier mourant des enfants, considérée comme mobilière. Le mari survivant y succédait (1). Dans le cas actuel (stipulation au troisième degré), pour reprendre le même exemple, le mari survivant ne trouvera pas dans la succession du dernier mourant des enfants la créance de reprise, bien qu'il succède au mobilier. Cette créance est réputée immeuble et propre maternel auquel succèdent les héritiers maternels à l'exclusion du conjoint survivant. Ainsi jugé par arrêt de règlement du 17 avril 1703 (2).

Il y avait même presque une stipulation au quatrième degré. Elle consistait à ajouter à la clause précédente les mots « *même quant à la disposition* » ou « *quant à tous ses effets* ». La stipulation au troisième degré empêchait bien l'époux survivant de succéder à la créance de reprise, en qualité d'héritier de ses enfants, mais elle ne l'empêchait pas d'y succéder comme légataire si ses enfants, en âge de disposer de leur mobilier, la lui laissaient par testament. L'adjonction des mots précédents interdisaient un testament et même une donation entre-vifs (3).

Toutes ces clauses avaient en somme pour effet d'assurer le mieux possible la conservation du bien dans la famille de la femme. Nous n'avons pas à y insister davantage. Il suffit de nous rappeler que la créance de reprise de la somme stipulée propre au profit de la femme était garantie par une hypothèque prenant date du contrat de mariage (4).

(1) Pothier, *Communauté*, n° 328.

(2) *Ibid.*, n° 329.

(3) *Ibid.*, n° 330.

(4) Ci-dessus, p. 62, note 3.

§ 2. — La stipulation d'emploi.

La stipulation que la somme apportée par la femme serait employée en achat d'héritages se retrouve à notre époque, mais on ne prend plus comme autrefois de précautions pour que l'emploi soit fait réellement : « L'emploi n'ayant pas été « fait, nous dit Pothier, la convention de réalisation de cette « somme qui résulte de cette destination en achat d'héritages, n'est qu'une simple clause de réalisation... (1) » Ainsi, à défaut d'emploi, la clause équivaut à une stipulation de propre. La femme a une créance en reprise de la somme non employée et une hypothèque pour la garantir. C'est le cas précédent, et c'est pour cela que l'on ne redoute plus comme autrefois le défaut d'emploi. La clause ne force plus le mari à le faire, à moins qu'il ne s'y soit obligé expressément (2).

Comme pour la stipulation de propre, la nature de la créance changera selon la formule. A-t-on dit qu'elle sera propre à la femme ? L'enfant qu'elle laisse comme héritier venant à mourir, la créance sera, dans sa succession, purement mobilière, et le mari survivant, héritant du mobilier de son enfant, y succédera. A-t-on fait des stipulations au deuxième et au troisième degré ? Le mari ne pourra plus jamais, comme nous l'avons dit, retrouver cette créance dans la succession de ses enfants. A la vérité, la question fut discutée. Au cas de stipulation au premier degré (somme d'argent apportée par la femme avec clause d'emploi en achat d'héritages), si la femme était morte avant que l'emploi fût fait, et que l'enfant qu'elle laissait comme héritier

(1) Pothier, *Communauté*, n° 327.

(2) Renusson, *Propres*, chap. VI, sect. VII, n° 16 ; Pothier, *Communauté*, n° 327 *in fine*.

fût mort aussi peu après, l'on s'était demandé si la créance de reprise de la somme non employée, qui figurait dans la succession de l'enfant, allait échoir à l'époux survivant, père de l'enfant et héritier du mobilier. Une première opinion soutenait la négative en raisonnant ainsi : si l'emploi avait été fait, les héritages auraient constitué des propres qui seraient revenus aux héritiers de la ligne maternelle. Le mari n'y eût pu succéder. C'était donc une faute lourde de sa part que de n'avoir pas procédé à l'emploi prescrit par le contrat, ou même un dol pratiqué pour se réserver la reprise de la créance dans la succession de son enfant mort saisi de ses droits dans la succession de sa mère. Cette faute lourde ou ce dol ne devaient pas tourner à son avantage, et l'emploi devait être réputé fait. Il s'ensuivait que la créance en reprise ne pouvait, pas plus que des héritages, lui échoir par succession.

Mais une deuxième opinion prétendait qu'à moins de s'être obligé formellement à l'emploi, le mari n'était pas tenu de l'effectuer, et qu'il était fondé à réclamer à la succession de l'enfant la créance de reprise de la somme non employée. Cette opinion avait triomphé en jurisprudence (1). Lorsque l'on voulait assurer la restitution de la somme à la famille de la femme, il fallait donc ajouter à la clause d'emploi les mêmes stipulations au deuxième ou au troisième degré qu'à la stipulation de propres.

Une autre question importante avait été débattue en jurisprudence à propos de la clause d'emploi. Voici quelle était l'hypothèse. Une femme avait stipulé dans son contrat l'emploi de partie des deniers de sa dot en achat d'héritages. Durant le mariage, le mari en avait acquis, mais il

(1) Pothier, *Communauté*, n° 327.

n'avait pas déclaré que ce fût avec la somme destinée à être employée. L'on se demandait si, à la dissolution de la communauté, la femme pouvait revendiquer les immeubles achetés comme étant sa propriété. Les uns soutenaient qu'elle le pouvait, puisque ses deniers dotaux avaient été destinés à cet achat. Les autres répondaient que les actes d'acquisitions ne mentionnant pas qu'elles étaient faites pour tenir lieu d'emploi, les héritages étaient de simples conquêts de communauté ; que par suite le mari était libre d'en disposer comme il l'entendait, et que la femme, n'en étant pas propriétaire, n'était pas fondée à les revendiquer : elle n'avait qu'une créance de reprise de la somme qui eût dû être employée. C'est Renusson qui nous rapporte la controverse qui s'était élevée à ce sujet, et il se range à la deuxième opinion (1). Sa conclusion, intéressante pour notre sujet, est la suivante : « La femme a seulement droit d'hypothèque, et non pas droit de propriété ». La jurisprudence avait d'abord rendu deux arrêts conformes à la première opinion, mais depuis elle s'était fixée très fermement en faveur de la deuxième. Renusson nous rapporte en détail un arrêt du 26 mai 1578 concernant exactement l'hypothèse que nous venons d'examiner. « On juge que « les héritages n'appartenoient pas à la femme, et qu'ils « n'étoient pas reputez son fond dotal, qu'elle n'avoit pas « eu droit de s'en mettre en possession, puisque le mari, « en faisant l'acquisition n'avoit pas déclaré avoir fait l'emploi des deniers et que la femme ne pouvoit prétendre « qu'une action contre l'héritier du mari *et une hypothèque*, « tant sur les héritages acquis pendant le mariage qu'aux tres qui avoient appartenu à son mari (2). »

(1) Renusson, *Propres*, ch. VI, sect. VII, n° 20.

(2) *Ibid.*, n° 22. Aux n°s 23 et 24, Renusson rapporte deux arrêts confirmatifs du 28 mai 1599 et du 19 juillet 1606.

Ici encore nous rencontrons la nouvelle garantie de la femme qui venait remplacer celles que nous avons décrites antérieurement.

SECTION II. — La clause de reprise d'apport franc et quitte.

Souvent le contrat de mariage stipulait au profit de la femme le droit de reprendre, en renonçant, ses apports mobiliers tombés en communauté. On voit tout de suite en quoi cette clause différerait d'une clause de réalisation. Celle-ci excluait des meubles de la communauté. Celle-là implique au contraire leur mise en commun ; elle supposait donc la renonciation de la femme. Elle était le point d'aboutissement logique de l'idée de dot. L'épouse n'avait primitivement, pour se soustraire aux dettes de la communauté, qu'à abandonner sa part de meubles. Plus tard, il lui fallut également renoncer aux conquêts. Mais c'est alors que sous l'influence du droit romain, une pensée de protection à son égard se développa en doctrine et en jurisprudence, que l'on répéta la fameuse maxime *marito non licet onerare propria uxoris*, et que le droit commun, pour sauvegarder ses propres, lui reconnut officiellement la faculté de renonciation et le bénéfice d'émolument. Il restait à sauver sa mise en communauté ; l'on y parvint au moyen de la reprise d'apport franc et quitte (1).

(1) Il est fort possible, nous dit M. Lefebvre, que cette clause soit sortie d'une pensée moins exorbitante, et qu'elle ait été créée pour secourir les femmes dont les Coutumes ne reconnaissaient pas encore le droit de renonciation. On laissait à la femme le soin, à la dissolution, de déclarer si elle resterait en coutume de communauté, ou si elle se placerait en dehors de cette Coutume en s'en tenant « à sa convenance », c'est-à-dire à la reprise de ses apports, propres et meu-

Cette clause, à raison de son caractère exorbitant, s'interprétait restrictivement. Stipulée en faveur de la femme, elle ne s'étendait pas aux enfants (nombreux arrêts du Parlement de Paris : 9 avril 1591, 22 avril 1600, 13 juillet 1604, etc.) (1), de sorte que si la femme mourait la première, ses enfants ne pouvaient exercer la reprise. Mais une fois le droit ouvert en la personne de la femme, il pouvait se transmettre, et si elle survivait à son mari, puis mourait sans avoir renoncé et exercé la reprise d'apports, il appartenait à ses héritiers de le faire s'ils le voulaient (2). La clause était-elle stipulée au profit de la femme et de ses enfants ? Si, mourant la première, la femme ne laissait que des collatéraux, ceux-ci ne pouvaient profiter de cette stipulation. Il fallait, de toute nécessité, que le contrat leur réservât expressément cette faculté de reprise (arrêt du Parlement de Paris du 26 mai 1616 (3)).

La clause s'interprétait aussi restrictivement quant aux biens qui en faisaient l'objet. La femme ayant stipulé qu'elle reprendrait ce qu'elle aurait apporté ne pouvait reprendre ce qui lui était échu pendant le mariage par succession ou donation. Il y avait eu de l'hésitation. Un arrêt du 12 août 1631 avait jugé le contraire, mais la jurisprudence avait changé, et depuis un arrêt du 8 juin 1687 s'était fixée dans le sens de l'interprétation restrictive (4).

La reprise des apports mobiliers ne se faisait naturellement pas en nature. Ces biens étant tombés en communauté,

bles. Coutume et septième de Bourges, n^{os} 108, 144 et 161. — Cf. Lefebvre, p. 421.

(1) Arrêts de Louet, lettre F, sommaire 28.

(2) Pothier, *Communauté*, n^o 380.

(3) Arrêt rapporté dans Louet et Brodeau, F, 28. — Cf. Pothier, *Communauté*, n^o 386.

(4) Pothier, *Communauté*, n^o 399. — Arrêts de Louet, F, 28.

le mari en avait la libre disposition et n'était débiteur que de leur valeur (1).

Nous avons vu que le droit, une fois ouvert, était transmissible. La communauté étant dissoute par le prédécès du mari ou une séparation de biens, la femme pouvait mourir sans avoir exercé sa reprise, et c'était à ses successeurs que le bénéfice de la stipulation profitait. Même de son vivant, ses créanciers pouvaient renoncer en son nom et reprendre son apport (2). On avait même discuté le point de savoir s'ils n'avaient pas le droit, lorsque le mari faisait de mauvaises affaires, d'obliger la femme à demander la séparation de biens, renoncer à la communauté et reprendre son apport, ou s'ils ne pouvaient pas le faire eux-mêmes, en exerçant ses actions. On ne leur reconnut pas ce droit : demander la séparation de biens était une faculté personnelle à la femme (3). Toutefois, lorsque les créanciers avaient saisi les biens du mari et les faisaient vendre pour que le prix en fût réparti entre eux, il s'opérait une sorte de dissolution de communauté leur permettant d'y renoncer au nom de la femme et de reprendre son apport. Ils étaient, nous dit Renusson, *colloqués par hypothèque du jour du contrat de mariage* (4) (arrêt du 5 avril 1677) (5). En effet la femme qui stipulait la reprise d'apport avait comme garantie l'hypothèque résultant du contrat. Renusson nous le dit formellement : « Ce droit est acquis du jour de la stipulation ; « il est vrai qu'il n'est pas ouvert, et qu'il dépend d'une

(1) Pothier, *Communauté*, n° 407.

(2) Renusson, *Propres*, ch. IV, sect. IX, n° 28.

(3) Comme de nos jours, du reste.

(4) Renusson, *loc. cit.*, n° 15.

(5) *Ibid.*, n° 22. — Nous aurons l'occasion de revenir sur cet arrêt lorsque nous étudierons l'ordre de préférence.

« condition future et incertaine, étant incertain, lorsqu'une
« femme contracte mariage, et qu'elle stipule la reprise, si
« elle renoncera à la communauté, ou si elle l'acceptera, si
« cette communauté sera bonne ou mauvaise, si le mari qui
« en est le maître l'augmentera ou s'il la diminuera, mais
« sitôt que la communauté est dissoluë, et que la femme y
« renonce, le droit de reprise est ouvert ; et comme il est
« acquis par la stipulation que la femme en a fait par son
« contrat de mariage, il est vrai de dire qu'elle a son hypo-
« thèque de ce même jour, ainsi que pour ses deniers qui
« lui ont été stipulés propres par le même contrat (1) ». Une
hypothèque datant du contrat de mariage était d'autant plus
importante que l'action de reprise d'apport était souvent
exercée par d'autres que la femme.

SECTION III. — Les avantages matrimoniaux.

L'hypothèque du contrat garantissait aussi les avantages matrimoniaux. Qu'entendait-on par là ? C'étaient des conventions qui constituaient souvent une libéralité au profit de la femme, mais qui de toutes façons rendaient celle-ci créancière : donations, préciput, clause de forfait, règlement du deuil de la femme au cas de prédécès du mari, telles étaient les principales conventions que pouvait renfermer le contrat de mariage. L'une d'elles présente un plus grand intérêt que les autres : c'est le préciput.

§ 1^{er}. — Préciput.

Le préciput était le droit qu'avait le conjoint survivant de prélever avant partage certains objets de communauté ou une somme déterminée. Il répondait ainsi à une double

(1) Renusson, n° 31.

idée : 1° laisser à ce conjoint des choses qui pourraient lui être particulièrement précieuses ; 2° lui réserver un certain avantage sur les biens de la communauté (1). C'était un gain de survie. Seule la mort de l'un des conjoints donnait ouverture au droit de l'autre (2). Il était stipulé non seulement par les roturiers, mais même par les nobles, car ceux-ci, aux termes des Coutumes, n'avaient de droit légal qu'en l'absence d'enfants ; en en convenant par contrat de mariage, ils se le réservaient dans tous les cas (3).

Mais cette clause jusqu'à présent ne nous intéresse guère, même en la supposant stipulée par la femme. De tout ce que nous venons de voir, il résulte que le préciput *suppose le partage de la communauté*, et l'on ne conçoit pas qu'il puisse être ainsi sanctionné par l'hypothèque de la femme qui garantit la reprise de ses propres et non ses droits de communauté.

Mais cette convention prit un aspect différent dans bien des contrats de mariage. On convint du préciput de la femme, *même au cas de renonciation à la communauté* (4). Dès lors il y eut bien là une créance garantie par l'hypothèque du contrat s'exerçant contre la succession du mari.

La stipulation du préciput au profit de la femme renonçante produisait même un curieux effet *au cas d'acceptation* : lorsque les futurs conjoints avaient convenu d'un

(1) Lefebvre, *op. cit.*, p. 419.

(2) La mort civile était insuffisante. Ainsi l'avait jugé un arrêt du 2 juin 1549 (Pothier, *Communauté*, n° 443).

(3) Art. 238 de la deuxième Coutume de Paris. — Cf. Lefebvre, p. 420 et note 2.

(4) Comme le fait justement remarquer M. Lefebvre, « le terme était alors détourné de son vrai sens, et c'était toujours là une exagération de la pratique peu conforme à la donnée de communauté » (p. 420, note 3).

préciput simple, c'est d'un simple droit de prélèvement sur la masse commune qu'il s'agissait. Donc la femme n'y avait pas droit quand elle renonçait, et quand elle acceptait, elle ne pouvait prendre que ce qu'il y avait dans la communauté. Celle-ci ne contenait-elle pas le montant du préciput? La femme n'avait aucun recours pour ce qui lui manquait contre la succession du mari. Mais que le préciput fût stipulé pour le cas de renonciation, la femme, même au cas d'acceptation, était créancière de la succession de son mari pour le solde du préciput que l'insuffisance de la communauté ne lui avait pas permis de toucher intégralement (1) et elle avait à l'appui l'hypothèque du contrat (2).

§ 2. — Autres avantages matrimoniaux.

La femme pouvait être créancière de son mari en vertu de donations qu'il lui avait faites par contrat de mariage (3). Il n'y a rien à dire de particulier sur ce point.

La créance résultant du *forfait* offre plus d'intérêt. Stipulé au profit de la femme, il avait pour effet de laisser au mari tous les biens communs à charge de payer à sa femme une somme déterminée. C'était là une convention aléatoire, dont il était impossible de dire à l'avance si elle constituait un avantage pour la femme. Elle en présentait un éventuel :

(1) Pothier, *Communauté*, n° 448. — Pour les héritiers du mari, la situation était identique dans les deux cas de renonciation ou d'acceptation. Au premier cas, ils prenaient ce qui restait de la communauté, mais ils avaient à payer tout son préciput à la femme. Dans le deuxième, ils lui laissaient les biens communs en paiement d'une partie de son préciput, et lui versaient le reste avec d'autres fonds. Il n'y avait que le mode d'acquit qui différait.

(2) Renusson, *Propres*, chap. IV, sect. X, n° 21.

(3) Pothier, *Communauté*, n° 679.

la communauté était-elle, au moment de la dissolution, plus pauvre qu'au début du mariage ? Il pouvait se faire que la somme fixée fût supérieure à la moitié de la communauté. Inversement, si la communauté s'était enrichie, la femme recevait une somme moindre. Le caractère forfaitaire de la clause prescrivait qu'elle fût exécutée telle qu'elle avait été convenue (1). Mais que la femme en tirât ou non avantage, nul doute que ce ne fût en vertu d'un droit de créance qu'elle réclamait la somme fixée dans le forfait, et qu'elle n'eût pour sanctionner ce droit une action hypothécaire sur les propres du mari (2).

Le contrat déterminait fréquemment quelle somme la succession du mari prédécédé serait tenue de fournir à la femme pour lui permettre de porter le deuil (3). Là encore l'hypothèque venait à l'appui de la créance de la femme.

D'une façon générale toutes les conventions matrimoniales que contenait le contrat de mariage étaient garanties par l'hypothèque de ce contrat, et du jour de ce contrat (4).

(1) Arrêt du 15 avril 1608 (Brodeau sur Louet, M, 4, et Pothier, *Communauté*, n° 459).

(2) Au xvii^e siècle cette clause devenait de moins en moins fréquente. Il semble qu'au xvi^e on la stipulait plutôt pour empêcher une femme devenue veuve de porter sa part de meubles et conquêts à un nouvel époux au préjudice des enfants du premier mariage. Or l'Edit des secondes noces de 1560 avait remédié à ce danger et rendu la clause de forfait inutile à ce point de vue (Ollier, *op. cit.*, p. 47).

(3) Pothier, *Communauté*, n° 678.

(4) Cela résulte de tous les arrêts qui eurent à statuer dans des cas où il y avait un contrat, depuis celui de 1554 précité jusqu'à la fin de l'ancien droit. — Cf. également : Choppin, *Commentaire de la Coutume de Paris*, liv. 3, tit. 3, n° 21. Pour se rendre compte de la façon dont étaient rédigées les clauses que nous venons d'examiner, on fera bien de se reporter au modèle de contrat de mariage rapporté par M. Lefebvre, p. 412, note 1.

SECTION IV. — L'hypothèque tacite de la dot.

Nous venons de voir quelle était l'importance de l'hypothèque conventionnelle, importance d'autant plus grande que, comme nous l'avons dit, le contrat de mariage notarié se généralisait de plus en plus. Nous avons maintenant à parler brièvement de cette hypothèque tacite que la jurisprudence accorda à la femme qui n'était pas munie d'un contrat de mariage notarié. Quelle était sa situation dans ce cas ? Ou bien elle n'avait aucun contrat, ou bien elle en avait un sous seing privé. La deuxième hypothèse était évidemment rare, car, nous l'avons vu plus haut, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'était développé de plus en plus, et il ne pouvait être aisément respecté qu'en faisant le contrat par devant notaire, ou en n'en faisant pas du tout. Les conventions étaient ainsi fixées soit par un acte authentique, soit par la Coutume elle-même, tandis que se contenter d'un contrat de mariage sous seing privé, c'était ouvrir la porte à la fraude en rendant possibles les antedates et les modifications de texte. Aussi un tel contrat n'avait-il aucune valeur (1). Ce qui le montre bien, c'est qu'un arrêt de la 4^e chambre des enquêtes du Parlement de Paris rendu le 9 janvier 1680 jugea expressément qu'« une femme n'a point d'hypothèque du jour des articles de mariage sous seing privé » (2). L'hypothèque dont il est question, ce ne peut être, puisque seul un contrat notarié en produit une, que l'hypothèque tacite

(1) Il appartenait du reste à la femme munie d'un contrat sous seing privé de lui faire produire hypothèque en en faisant reconnaître les articles par un notaire. Lamoignon, *Arrêts, actions personnelles et hypothécaires*, art. 61.

(2) Arrêts de Louet, H, 26, nouvelle addition, n° 10.

que la jurisprudence reconnaissait à la femme qui n'en avait pas, mais on attache si peu d'importance aux contrats sous seings privés que cette hypothèque ne prend pas rang du jour où ils ont été passés. Elle remonte simplement, nous allons le voir, au jour du mariage. On trouve fort peu de décisions judiciaires relatives aux contrats sous seings privés. Ils étaient donc très rares (1) et n'avaient aucune utilité, ainsi que le prouve l'arrêt que nous venons de citer (2).

En réalité, que la femme fût mariée avec un tel contrat ou qu'elle n'en eût pas du tout, sa situation était la même. Elle avait une hypothèque tacite accordée par analogie avec le droit romain de Justinien, et à l'exemple de l'hypothèque conventionnelle résultant du contrat notarié. L'arrêt que nous venons de citer nous fournirait en faveur de l'existence de cette hypothèque tacite un argument implicite, si nous n'en trouvions d'autres en grand nombre, ainsi que de nombreuses attestations des auteurs. Mais ce n'est pas maintenant que nous verrons la véritable utilité de cette hypothèque. Nous ne nous occupons actuellement que de la dot proprement dite. Or pour elle l'hypothèque tacite ne pouvait guère avoir d'application. Une femme se mariant sans contrat apportait des meubles et des immeubles. Les premiers tombaient en communauté, et si la femme pouvait à la dissolution prétendre au partage en sa qualité d'asso-

(1) Nous avons du reste une attestation précise de leur rareté dans le texte de Pothier ci-dessus cité, p. 46, note 2 : « On rejette, dans la plupart des provinces, les contrats de mariage passés sous signatures privées » (*Préface de la communauté*, n° 12).

(2) Le défaut d'importance juridique de ces contrats ressort également d'un passage des rapports de Lamoignon, *Des douaires*, p. 473 *in fine*, où il est dit qu'à défaut de contrat ou au cas de simples articles de mariage sous seing privé, le droit de douaire coutumier n'est acquis à la veuve que du jour de la bénédiction nuptiale.

ciée, elle n'avait aucune créance de reprise à leur endroit. Par suite l'hypothèque était inapplicable. Quant aux immeubles, ne tombant pas en communauté, ils constituaient des propres de la femme, et celle-ci, en restant propriétaire, conservait le droit de les revendiquer en tout état de cause, et de les reprendre en nature. Ici l'hypothèque était inutile. Où elle deviendra un véritable instrument pour la femme, c'est lorsque ses propres ayant été vendus sans emploi, elle lui servira à reprendre le prix de l'aliénation tombé en communauté. Elle sera aussi pour elle la sanction des indemnités qu'elle pourra prétendre pour les dettes où elle a parlé et qui ne doivent pas définitivement rester à sa charge. C'est là le véritable domaine de l'hypothèque tacite, mais toute cette théorie si importante des récompenses et de leur garantie, nous la ferons par la suite (1). Pour l'instant nous n'avons qu'à montrer succinctement comment l'hypothèque tacite offrait cependant une certaine utilité à la femme pour la simple dot. La femme recevait souvent des biens par successions, donations ou legs. Les immeubles échus par succession ou donnés par des ascendants (ces derniers étaient regardés comme des avancements d'hoirie) conservaient leur caractère de propres. Quant à ceux donnés ou légués par d'autres personnes (2), ainsi que les biens mobiliers, ils tombaient en communauté, mais il appartenait au donateur ou au testateur de les en exclure par une disposition formelle. Dans ce cas la femme avait un droit de reprise à la dissolution du mariage, et c'est pour garantir cette créance qu'elle avait besoin d'une hypothèque. Or il n'est

(1) L'hypothèque tacite jouait aussi un rôle comme sanction du douaire coutumier. Ce point sera traité au chapitre suivant.

(2) « Il n'est si bel acquêt que de don » disait l'adage de Loysel (Inst. cout., règle 655).

pas douteux que la jurisprudence lui en avait reconnu une, et si les rapports de Lamoignon ne parlent nettement de l'hypothèque tacite que pour le remploi des propres et l'indemnité des dettes (1), les arrêtés lui font, en l'absence de contrat de mariage, garantir l'ensemble des conventions matrimoniales (2), c'est-à-dire tous les principes coutumiers du régime de communauté. Nous avons même un texte précis de Lamoignon visant le cas des biens donnés ou légués avec exclusion de communauté et accordant hypothèque à la femme du jour du mariage (3). Il ne semble pas qu'il y ait eu de difficultés pour le rang de cette hypothèque. Elle eût pu ne remonter qu'à l'époque des donations ou à l'ouverture des successions, comme le décide aujourd'hui notre Code civil, et cependant les auteurs donnaient tous comme point de départ le jour du mariage (4), tandis que nous verrons quelles controverses s'élevèrent à propos du rang de l'hypothèque du remploi des propres et de l'indemnité des dettes. Renusson justifiait la solution qu'il donnait concernant les deniers donnés à la femme et stipulés propres par le donateur par ce motif que le mari avait reçu cette donation comme administrateur des biens de sa femme et que son administration commençait dès le mariage (5). Les auteurs qui nous rapportent les décisions de la jurisprudence ne nous citent pas d'arrêtés concernant cette ques-

(1) Rapports, *Des hypothèques*, p. 288, n° 14.

(2) Arrêtés, *Act. pers. et hypoth.*, art. 63.

(3) *Ibid.*, art. 67 : « Pour ce qui échet ou est donné à la femme « durant le mariage, elle prend son hypothèque du jour du contrat « de mariage, ou de la bénédiction nuptiale en deffaut de con- « tract... »

(4) Si le contrat de mariage stipulait propres les sommes dotales recueillies au cours de l'union conjugale, l'hypothèque prenait rang, bien entendu, du jour du contrat. — Cf. la note précédente.

(5) Renusson, *Propres*, ch. IV, sect. X, n° 9.

tion, ce qui contribue à faire croire qu'il n'y avait pas eu là matière à difficultés (1).

L'hypothèque tacite sanctionnait aussi la créance que la veuve avait pour son deuil contre la succession de son mari. Point n'était besoin en effet qu'il eût été stipulé par le contrat de mariage. Pothier (2) nous apprend que dans ce cas l'usage était de l'arbitrer eu égard à l'état et aux facultés du défunt, et que la femme était préférée aux créanciers de son mari. C'était évidemment l'hypothèque tacite qui lui valait cette préférence (3).

(1) Brodeau, sur Louet, H, 25, n° 14, nous rapporte bien un arrêt du 25 juin 1664 donnant la solution indiquée au texte, mais c'est un arrêt du Parlement de Provence, d'un pays de droit écrit par conséquent.

(2) *Communauté*, n° 678.

(3) L'on ne trouve guère d'arrêts relatifs à l'hypothèque du deuil. Brodeau (sur Louet, H, 25 n° 14) en relate deux du 29 janvier 1655 et du 30 juin 1664, mais ils ne concernent pas nos pays coutumiers, ayant été rendus par le Parlement de Provence. Un autre arrêt du 19 juillet 1636 (Louet, D, 40, n° 6), où il n'est du reste question qu'incidemment du deuil, est également une décision de pays de droit écrit.

CHAPITRE III

L'HYPOTHÈQUE DU DOUAIRE.

Le double caractère, conventionnel ou tacite, de cette hypothèque, est nettement expliqué par Ferrière : « L'hypothèque du douaire préfix, dit-il, est toujours du jour du contrat passé par devant notaire, mais l'hypothèque du douaire coutumier n'est que du jour de la célébration du mariage, lorsqu'il n'y a point de contrat de mariage, et cette hypothèque est tacite, fondée sur la seule disposition de la Coutume (1). »

Nous n'avons pas à revenir sur le droit sanctionné. Nous avons vu ce qu'était le douaire. C'est seulement le rôle de son hypothèque, sous ses deux formes, que nous étudierons.

L'hypothèque du douaire préfix, nous la connaissons déjà. C'est celle que produit le contrat de mariage notarié, nous n'en dirons rien de plus. On la rencontre déjà dans un arrêt du 7 août 1554 et la jurisprudence postérieure eut bien souvent l'occasion d'en confirmer l'existence (2). En 1596, Choppin la signale dans son *Commentaire de la Coutume de Paris*, en spécifiant qu'elle remontait au jour du contrat (3).

(1) Ferrière, *Comment. sur la Cout. de Paris*, tit. XI, des Douaires, sur l'article 246 (p. 120 de l'édition de 1770).

(2) Louet et Brodeau, D, 40, nos 3 et 5.

(3) Liv. 2, tit. 2, n° 12 (édit. de 1662). — Les rapports de Lamoignon disent que le douaire préfix consistait en une rente ou en une somme

Quant au douaire coutumier, sa garantie fut l'hypothèque tacite que la jurisprudence admit dans la deuxième moitié du xvi^e siècle à l'exemple de l'hypothèque du contrat notarié et par analogie avec le précédent du droit de Justinien. Les nombreuses allusions romaines que nous relèverons en traitant de l'hypothèque tacite des récompenses le montrent bien (1). Charondas le Caron, citant un arrêt du 6 mai 1567, nous dit que pour le douaire coutumier la femme « a droit d'hypothèque dès le jour du mariage qu'on appelle hypothèque légale » (2). Mais cette sûreté est plus ancienne, puisque des arrêts de 1562 en supposent l'existence.

Il est un point qui appelle une précision. L'on pourrait, à première vue, se demander quelle utilité peut présenter l'hypothèque pour le douaire coutumier. Ne voyons-nous pas en effet dans les rapports précédant les arrêts de Lamoignon, un passage ainsi conçu : « S'il n'y a aucun contrat et article de mariage, il n'y a point de réponse de la dot mobilière, ny douaire préfixe ny préciput : et à l'égard du douaire coutumier, il est réel et il se poursuit par manière de revendication contre ceux qui détiennent les héritages sujets audit douaire, et conséquemment l'hypothèque est inutile pour les droits susdits (3). » Ce que dit

d'argent à prendre par hypothèque sur les biens du mari (*Des douaires*, p. 466) et les arrêts (*Act. pers. et hyp.*, art. 61) placent le douaire préfix parmi les créances de la femme sanctionnées par l'hypothèque du contrat.

(1) Brodeau (sur Louet, D. 40, n° 3) nous dit incidemment en traitant la question de préférence que l'on tirait argument de la *donatio ante nuptias* en faveur du douaire.

(2) Annotation sur le *titre nonantesseptième* de la *Somme rurale* de Bouteiller, p. 556. L'édition de Charondas parut en 1603.

(3) Lamoignon, *Rapports des hypothèques*, n° 13, p. 288.

ce texte était vrai avant l'apparition des hypothèques générales se produisant de plein droit. Ses biens étant soumis au douaire, le mari ne pouvait les aliéner ni les engager au préjudice de la femme et des enfants. Ceux-ci étaient fondés à les revendiquer, mais quand le nouveau principe se fut développé, il ne fut plus au pouvoir d'aucun d'eux d'éviter que les biens du mari ne fussent grevés des hypothèques générales résultant des actes authentiques. Ce fut vrai d'abord pour l'hypothèque des actes vérifiés en justice et des actes notariés. Ce le fut ensuite et surtout pour celle des jugements de condamnation. L'ordonnance de Moulins, en effet, consacrant une évolution du cours du xvi^e siècle (1), décida dans son article 53 que ces jugements emportaient une hypothèque générale sur les biens du condamné.

Dès lors, le caractère réel du douaire coutumier conserva son utilité pour permettre la revendication des immeubles que le mari avait aliénés (2). Mais si ce dernier laissait des créanciers ayant une hypothèque générale, un ordre devenait nécessaire, et l'hypothèque tacite servait à la femme et aux enfants à se faire colloquer pour leur douaire coutumier du jour du mariage.

En traitant plus tard de la collocation des divers droits de la femme, nous examinerons les controverses qui s'élevèrent sur le rang qu'il fallait, parmi eux, donner au douaire. Nous n'avons, dans ce chapitre, qu'à exposer les effets que produisait l'hypothèque du douaire, dans une hypothèse

(1) Esmein, *Les contrats dans le très ancien droit français*, 3^e étude, p. 227.

(2) L'aliénation des immeubles sujets au douaire se pratiquait du reste plus couramment qu'autrefois. L'aliénation était valable si, au décès du mari, il se trouvait dans sa succession d'autres immeubles suffisants pour fournir la totalité du douaire. Rapport de Lamoignon, *Hypothèques*, p. 471.

spéciale, celle du décret de justice ou adjudication sur saisie des immeubles du mari.

Dans l'ancien droit, lorsqu'avait lieu un décret, les créanciers hypothécaires devaient se faire connaître par une inscription. C'est ce qu'on appelait « faire opposition ». Faute de l'avoir fait dans le délai prescrit, leurs sûretés étaient « nettoyées » selon l'expression de Loysel (1).

Les biens d'un débiteur se décrétant de son vivant, sa femme était soumise au sort commun pour l'hypothèque de sa dot et de ses autres reprises.

A défaut d'opposition de sa part, cette hypothèque était purgée. Ainsi le jugea notamment un arrêt du 24 juillet 1609 (2). Il n'en était pas de même pour l'hypothèque du douaire, et ce sont les questions assez compliquées qui se posaient à ce propos que nous voudrions exposer, en distinguant, pour plus de clarté, l'hypothèque du douaire préfix, et celle du Douaire coutumier.

§ 1^{er}. — L'hypothèque du douaire préfix.

I. *Effets de cette hypothèque du vivant du mari.* — 1^o Lors de la saisie des biens du mari, si les créanciers saisissants et opposants avaient tous des hypothèques postérieures au contrat de mariage, le décret ne pouvait porter préjudice au douaire de la femme. Celle-ci n'avait pas à former opposition au décret, car son droit n'était pas ouvert (tant que le mari vivait, il restait en suspens) et elle pouvait assigner l'adjudicataire afin de faire déclarer que les immeubles adjugés restaient affectés et hypothéqués à la rente ou au capital qui constituait son droit, puisque l'hypothèque du

(1) *Institutes coutumières*, règle 904 (Liv. 7, tit. 5, n^o 15).

(2) Lebrun, *Traité de la communauté*, chap. II, sect. II, dist. 5, n^{os} 97 et 98.

douaire primait par définition celle des créanciers. La jurisprudence était absolument fixée en ce sens (1).

2° Parmi les créanciers saisissants et opposants, y en avait-il qui eussent une hypothèque antérieure au contrat de mariage? La femme ne pouvait alors que se pourvoir plus tard, quand s'ouvrait son droit, pour obtenir son douaire en désintéressant les créanciers antérieurs ou en réclamant la valeur, grâce à son hypothèque, aux créanciers postérieurs qui auraient été colloqués.

Mais certains auteurs avaient prétendu que la présence de créanciers antérieurs obligeait la femme à faire opposition au décret pour conserver son recours contre les créanciers postérieurs. Leur opinion avait même été adoptée par un arrêt du 31 mars 1681 (2° des enquêtes). Toutefois elle n'avait pas prévalu, et l'on admettait en définitive que, comme dans le cas précédent, l'hypothèque du douaire ne pouvait être purgée par le décret. Il y avait identité de motifs; du vivant du mari, le douaire n'était qu'un droit éventuel pour la femme (2).

II. *Les effets de l'hypothèque du douaire préfix au décès du mari.* — La femme ne pouvait alors rester en dehors du décret des biens du mari. Elle devait faire opposition pour que son hypothèque ne fût pas purgée. C'est que son droit s'était ouvert à la mort du mari (3).

1° Les créanciers hypothécaires antérieurs au contrat de mariage pouvaient faire vendre les biens du mari nonobstant le douaire de la femme, à laquelle ils étaient préfé-

(1) Cf. notamment un arrêt du 6 mai 1562 rapporté par Bacquet, *Traité des droits de justice*, chap. XV, n° 72.

(2) Renusson, *Traité du douaire*, chap. X, n°s 7 à 9; Lamoignon, *Rapports*, p. 480 et 481; *Arrêtés, des Douaires*, art. 64 à 68.

(3) Lamoignon, *Rapports*, p. 481. *Arrêtés, des Douaires*, art. 63.

rables. La veuve ne pouvait que se faire colloquer, pour la valeur du douaire, sur le prix, s'il n'était pas totalement absorbé par les créanciers antérieurs (1). Ainsi l'avait jugé un arrêt du 25 janvier 1610 : dans l'espèce tous les créanciers précédaient la douairière, mais quelques-uns seulement avaient une hypothèque. Ces derniers furent payés d'abord, mais la veuve vint en ordre utile ensuite ; car l'hypothèque de son contrat la fit préférer aux créanciers chirographaires (2).

2° En l'absence de créanciers antérieurs, la veuve primait ceux qui n'avaient qu'une hypothèque postérieure au contrat de mariage. Mais les effets de cette hypothèque étaient différents selon la nature que présentait le douaire conventionnel :

a) S'agissait-il d'un douaire convenu en rente, mais assigné sur des immeubles déterminés ?

Ces immeubles étant décrétés et vendus au décès du mari, ils ne pouvaient être adjugés qu'à la charge de la rente. Celle-ci constituait un véritable droit réel, et la veuve ne pouvait être contrainte d'en recevoir le rachat. Elle n'avait pas non plus à se pourvoir sur le prix. La rente devait continuer à lui être servie (3).

b) S'agissait-il d'un douaire préfix constitué en rente purement et simplement ? On présumait alors que les futurs époux, n'ayant pas pris soin d'assigner la rente, avaient consenti à laisser à cette rente son caractère rachetable, qui

(1) Bacquet, *Droits de justice*, chap. XV, n° 75.

(2) Louet et Brodeau, F, 24, n° 2.

(3) Renusson, *Douaire*, ch. X, n° 18. Bien entendu, nous supposons que les créanciers étaient tous postérieurs au douaire. Ainsi que nous l'avons dit, s'il y en avait eu d'antérieurs, l'adjudication aurait été pure et simple, sauf à la veuve de se pourvoir sur le prix pour la valeur de la rente.

était de droit commun. Par suite, encore qu'aucun des créanciers qui faisaient décréter les immeubles du mari n'eût d'hypothèque antérieure au contrat de mariage et qu'ils fussent tous primés par la douairière; celle-ci ne pouvait demander l'aliénation à la charge de la rente. Son seul moyen d'action consistait à se pourvoir sur le prix pour se faire colloquer au premier rang. Un arrêt du 14 mars 1614, avait bien déclaré la rente constituant le douaire préfix non rachetable, mais c'était une décision isolée (1). La jurisprudence le jugeait au contraire rachetable, conformément au droit commun, avec recours hypothécaire de la douairière sur le prix (arrêts des 26 avril 1597 (2), 22 décembre 1603, 4 juillet 1643 (3).

§ 2. — L'hypothèque du douaire coutumier (4).

I. *Effets de cette hypothèque du vivant du mari.* — Le décret des biens du mari se produisant, il importait de savoir si la femme pour l'usufruit et les enfants pour le fonds du douaire étaient ou non les plus anciens créanciers (5).

1^o Étaient-ils les plus anciens? Ils pouvaient assigner l'adjudicataire pour le forcer à délaisser les héritages soumis au douaire coutumier (arrêts des 4 juin et 13 août 1562 (6), 8 juin 1590) (7). Seulement, leur droit n'étant pas ouvert, ce recours restait en suspens jusqu'à la mort du mari.

(1) Louet et Brodeau, F, 24, n^o 2; Renusson, *Douaire*, ch. X, n^o 19.

(2) Renusson, *loc. cit.*, n^o 19.

(3) *Ibid.*, n^{os} 20 et 21.

(4) Le principe est très nettement exposé par Lamoignon, *Arrêtés, Des act. pers. et hyp.*, art. 69.

(5) Brodeau sur Louet, F, 24, n^o 1.

(6) Renusson, *Douaire*, ch. X, n^o 1.

(7) Louet et Brodeau, D, 20. — Cf. Lamoignon, *Arrêtés, Des douaires* art. 64.

2° Ils n'étaient pas premiers créanciers, étant primés par d'autres munis d'une hypothèque antérieure au mariage. Ils ne pouvaient dans ce cas, même en faisant opposition au décret, conserver l'espoir de forcer l'adjudicataire à délaisser quand leur droit serait ouvert. Leur seule ressource serait, à ce moment, de se pourvoir sur le prix pour l'estimation de leur douaire et de se faire colloquer à leur ordre d'hypothèque, en forçant les créanciers postérieurs à rapporter les deniers par eux touchés (1). En prévision de ce recours contre les créanciers postérieurs, le poursuivant de l'ordre exigeait souvent d'eux qu'ils donassent caution de restituer (2). Une longue jurisprudence du Parlement de Paris avait établi de façon très ferme ces différents points : 6 septembre 1567, 3 septembre 1604, 30 mars 1607, 8 mars 1608, 23 mars 1620 (3).

Comme plus haut, remarquons que si les douairiers négligeaient de former opposition, leur hypothèque subsistait néanmoins : leur droit n'était pas ouvert (4).

II. *Effets de l'hypothèque du douaire coutumier au décès du mari.* — L'opposition était alors indispensable, mais en outre il se posait des questions plus délicates que nous allons tâcher de distinguer clairement.

1^{re} *Hypothèse.* — Il y avait des créanciers hypothécaires précédant la veuve et les enfants.

Les immeubles du mari étant décrétés, les douairiers

(1) Bacquet, *Droits de justice*, ch. XV, nos 73 et 75 ; Choppin, *Commentaire sur la Coutume de Paris*, liv. II, tit. II, n° 16 ; Loyseau, *Déguerpissement*, liv. III, ch. IX, n° 13 ; Lamoignon, *Arrêts, Des douaires*, art. 67.

(2) Renusson, *Douaire*, ch. X, n° 6.

(3) Tous ces arrêts sont rapportés par Brodeau sur Louet, F, 24, nos 1 et 2.

(4) Lamoignon, *Rapports*, p. 480 ; Renusson, *Douaire*, ch. X, n° 7.

faisaient opposition pour le douaire coutumier. Malgré cette opposition, l'adjudication des immeubles était prononcée, à moins que les douairiers ne payassent les créanciers antérieurs et ne se fissent subroger dans leurs droits (1). Ils devenaient ainsi premiers créanciers et nous tombons dans la deuxième hypothèse que nous examinerons ci-dessous.

A défaut de cette subrogation, les biens étaient donc adjugés. La femme et les enfants pouvaient seulement se pourvoir sur le prix. Restait-il quelque chose, les créanciers antérieurs une fois payés ? L'on procédait à une ventilation ; le douaire était estimé pour l'usufruit de la femme et la nue propriété des enfants, et les douairiers étaient colloqués, grâce à leur hypothèque tacite remontant au jour du mariage, pour le montant de l'estimation (2).

2^e *Hypothèse*. — Les créanciers saisissants n'avaient que des hypothèques postérieures à celle des douairiers. Ceux-ci leur étaient donc préférables. Par suite ils étaient fondés à faire opposition afin de distraire pour leur douaire coutumier et à empêcher l'adjudication des biens qui y étaient soumis (arrêt du 22 décembre 1601) (3).

Du reste ce n'était qu'autant qu'il existait des enfants douairiers que l'adjudication pouvait être empêchée. A leur défaut, les immeubles étaient vendus, mais à charge du douaire coutumier de la veuve. En effet, celle-ci n'ayant droit qu'à l'usufruit de ces biens, rien n'empêchait de les vendre, puisqu'il n'y avait pas d'enfants à qui en conserver la propriété (4).

(1) Lamoignon, *Arrêtés*, Des douaires, art. 65.

(2) Bacquet, *Droits de justice*, ch. XV, n° 75 ; Lamoignon, *Rapports*, p. 482 ; Renusson, *Douaire*, ch. X, n° 7.

(3) Rapporté par Bacquet, *Droits de justice*, ch. XV, n° 75.

(4) Un curieux procès avait été tranché sur cette question. Un sieur

3^e *Hypothèse* (1). — Des créanciers hypothécaires postérieurs au mariage décrétaient les biens du mari après son décès, mais la veuve et les enfants douairiers ne s'opposaient pas au décret.

Nul doute que dans ce cas l'hypothèque du douaire coutumier ne fût purgée à l'égard de la femme, mais à l'égard des enfants, il fallait faire une distinction :

1^{er} *Cas*. — La mère s'était obligée conjointement avec son mari aux dettes qui avaient amené la saisie des biens.

Dans ce cas l'hypothèque n'était pas purgée. En effet, l'on sait que les enfants ne pouvaient réclamer leur douaire qu'en renonçant à la succession de leur père. Or, dans l'espèce, cette renonciation était insuffisante : les biens décrétés ayant servi à l'acquittement d'une dette commune de leurs

de Vernancourt ayant été condamné à de fortes amendes, le fisc, pour en avoir paiement, fit saisir un de ses immeubles à son décès. La veuve s'opposa aux criées pour son douaire coutumier, prétendant avoir droit à l'usufruit de cet immeuble. Le fisc ne lui offrait que l'estimation de son douaire à prendre sur le prix d'adjudication. Il y avait là conflit entre deux créanciers hypothécaires ; le fisc agissait en vertu de l'hypothèque générale, résultant du jugement de condamnation, la veuve en vertu de l'hypothèque tacite du douaire coutumier. Mais le jugement avait été prononcé au cours du mariage, tandis que l'hypothèque de la femme remontait au jour de la célébration. C'est donc cette dernière qui devait être préférée. Effectivement, nous dit Louet, qui appuie les arguments des parties sur force textes de droit romain de Justinien, « par arrêt il fut ordonné que la terre seroit vendue à la charge du douaire, pour en jouir par la veuve, tant que douaire auroit lieu, à part et à divis » (Arrêt du 22 décembre 1601. prononcé en robes rouges par M. le premier président de Harlay), arrêts de Louet, F, 24. Décision des plus intéressantes, car elle nous montre, d'une part, comment l'hypothèque tacite du douaire coutumier primait une hypothèque postérieure, fût-ce celle du fisc, et d'autre part comment l'adjudication fut ordonnée « à charge du douaire » parce qu'il n'y avait pas d'enfants douairiers.

(1) Lamoignon, *Rapports*, p. 481 et 482.

parents, ils ne pouvaient réclamer leur douaire sur ces biens qu'en renonçant également à la succession de leur mère, et cette renonciation était impossible de son vivant. C'est pourquoi le droit des enfants douairiers n'était pas ouvert lors du décret et que leur hypothèque n'était pas purgée. Ainsi l'avait jugé un arrêt du 16 avril 1629 (1).

2^e Cas. — La mère n'était pas obligée avec son mari.

L'hypothèque du douaire coutumier des enfants était alors complètement purgée par le décret. Le droit s'ouvrant pleinement dès le décès du père, il eût fallu une opposition à ce décret pour le conserver. En ce sens un arrêt du 22 février 1605, jugeant, dit l'annotateur de Renusson, « que le décret avait purgé le douaire, quoique la mère des enfants qui avaient pris la qualité de douairiers fût encore vivante dans le temps des criées » (2).

Remarquons que, du reste, la jurisprudence dut renoncer à la thèse assez subtile de l'arrêt de 1629 et adopter dans tous les cas celle de l'arrêt de 1605, car Lamoignon, aux arrêts, et sans faire la distinction précédente, décide que « le décret fait après le décès du mari purge le douaire... à l'égard de la veuve et des enfants, encore que la veuve.. soit obligée en son nom aux dettes qui ont donné cause à la saisie » (3).

(1) Brodeau, *Commentaire sur la Coutume de Paris*, t. I, liv. III, chap. XL; Renusson, *Douaire*, chap. X, n° 16.

(2) Renusson, *ibid.*

(3) Lamoignon, *Arrêts, Des douaires*, art. 63. — Cette décision différait de celle des rapports (p. 481 et 482).

CHAPITRE IV

L'HYPOTHÈQUE GARANTISSANT LES RÉCOMPENSES DE LA FEMME.

C'est au cours des développements qui vont suivre que nous relèverons la grande importance de l'hypothèque tacite en ces matières et que nous signalerons les difficultés que rencontra son admission en jurisprudence. Mais avant d'aborder l'étude de l'hypothèque des récompenses, soit conventionnelle, soit tacite, il nous faut jeter un coup d'œil sur l'historique de cette fameuse question des récompenses, ne fût-ce que pour mieux comprendre les questions qui s'élevaient au sujet de leur garantie. Il suffira du reste de donner quelques explications sur le remploi des propres de la femme et l'indemnité des dettes contractées avec le mari.

SECTION I. — Développement des récompenses de la femme.

§ 1. — La récompense pour défaut de remploi des propres de la femme.

Aux premières rédactions de Coutumes, notamment de celle de 1510 à Paris, il n'était nullement question d'une telle récompense. Du reste, l'on ne constatait aucune tendance à en admettre le principe. Loysel ne disait-il pas : « le mari ne peut se lever trop matin pour vendre le propre de sa femme » ? Mais c'est aussi que primitivement, nous l'avons vu, les ventes d'immeubles étaient rares. Quand, avec le développement des fortunes mobilières, les aliéna-

tions immobilières entrèrent en usage, il appartenait à la femme de se mettre en garde contre le danger que lui faisait courir la vente d'un de ses propres dont le prix tombait en communauté : il lui suffisait de ne pas le laisser aliéner sans convenir dans l'acte de vente d'un remploi immédiat. Pourquoi ne pas convenir aussi par avance de ce remploi dans le contrat de mariage ? Effectivement Choppin nous apprend que ces deux procédés étaient employés au xvi^e siècle (1) mais il n'est pas douteux que le deuxième dût l'être bien plus que le premier. Il était plus sage, pour les parents de la future, d'imposer au mari l'obligation du remploi avant le mariage. Le remploi était du reste le seul moyen de conserver un propre à la femme et à sa famille, car n'oublions pas que l'idée de conservation des biens dans la famille militait en faveur du remploi au même titre que l'idée de restitution de la dot. Les clauses de remploi furent donc fréquentes dès le xiv^e siècle, semble-t-il (2). On appelait *action de remploi* le droit de la femme après la vente de son propre. Ce sera d'abord le droit d'exiger le remploi (3) ; plus tard, quand le principe en sera admis, ce sera tout simplement le droit à la récompense. Avec

(1) Choppin, *Comment. sur la Cout. de Paris*, liv. I, tit. I, n^o 24.

(2) Cf. dans Lefebvre, *op. cit.*, les textes cités p. 378, note 2.

(3) Comment pouvait être sanctionnée l'action de remploi avant l'apparition de l'hypothèque conventionnelle ou tacite ? C'était évidemment par des procédés analogues à ceux que nous avons vu employer pour la restitution de la dot aux xiv^e et xv^e siècles. Quoi de plus facile que de convenir du dépôt du prix chez un tiers, ou au temple, ou même de charger le tiers d'effectuer lui-même le remploi ? D'autre part l'assignat constituait une garantie des plus sûres, quand on le stipulait par contrat. Il n'est pas douteux que stipuler le remploi d'un propre équivalait à stipuler propre le prix de l'immeuble à remployer. Or c'est pour le recouvrement des sommes stipulées propres, qu'elles le fussent directement ou indirectement, que la femme avait le droit de se mettre en possession des héritages du mari.

la faveur croissante de la dot, l'on s'acheminait rapidement vers l'adoption de ce principe. Déjà Dumoulin admettait qu'un mari pût par testament en accorder une à sa femme pour l'aliénation d'un de ses propres, encore qu'aucun emploi ni dédommagement n'eût été stipulé dans le contrat de mariage ni l'acte de vente (1). Ce principe fut enfin consacré dans la nouvelle Coutume de Paris de 1580 (art. 232). Outre le cas de la vente d'un propre, cet article prévoyait celui où une rente propre à l'un des époux était rachetée pour une certaine somme tombant en communauté (2). Une récompense légale était des plus utiles, car bien que le rachat dût être subi, et que la femme ne pût empêcher le prix de tomber en communauté, la jurisprudence, en l'absence de clauses de emploi dans le contrat de mariage, ne reconnaissait aucun droit à la femme ; ainsi l'avaient jugé des arrêts du 14 août 1574 et du 23 décembre 1579 (3).

Désormais la Coutume « mère provide et indulgente » (4) avait suppléé aux omissions des contractants, et la jurisprudence appliqua avec libéralité la disposition de l'article 232. Deux arrêts des 9 avril et 14 août 1591 avaient refusé d'or-

(1) Dumoulin, note sur l'article 164 de la Coutume de Blois de 1523.

(2) Article 232 : « Si durant le mariage est vendu aucun héritage ou rente propre appartenant à l'un ou l'autre des conjoints par mariage, ou si ladite rente est rachetée, le prix de la vente ou du rachat est repris sur les biens de la communauté au profit de celui à qui appartenait l'héritage ou rente, encore qu'en vendant n'eût été convenu de emploi ou récompense et qu'il n'y ait eu aucune déclaration sur ce faite. » Cet article a été reproduit par l'article 192 de la nouvelle Coutume d'Orléans (1583).

(3) Brodeau sur Louet, R, 30, p. 532, col. 1. — Cf. également Bacquet, *Droits de justice*, chap. XXI, n° 311.

(4) Brodeau sur Louet, R, 30, p. 532, col. 2.

donner le remploi de propres aliénés sous prétexte que le contrat passé avant 1580 ne l'avait pas stipulé (1). Mais un revirement ne tarda pas à se produire, et par arrêts de- 28 juin 1605, 9 août 1613 et 1^{er} septembre 1629, le Parlement de Paris ordonna le remploi dans tous les cas,

D'autre part, la jurisprudence fit passer la disposition de l'article 232 dans les Coutumes qui n'en contenaient pas de semblables. Après avoir, par arrêts du 3 mai 1596 et du 14 juin 1597 jugé que l'article 232 était inapplicable hors du ressort de la Coutume de Paris (2), le Parlement de Paris l'étendit aux coutumes qui ne contenaient pas de dispositions contraires (3) : arrêts des 29 janvier 1600 (Angoumois), 21 mars 1604 (Grand-Perche), 16 mai 1609 (Blois), 19 avril 1614 (Vermandois), 12 mars 1616 (Meaux), 11 août 1618 (Péronne, Montdidier et Roye), 30 avril 1620 (Senlis), 1^{er} juillet 1624 (Amiens), etc. (4).

Le motif principalement invoqué pour justifier l'article 232 de Paris et son extension aux autres Coutumes, c'est que c'était un moyen d'empêcher les avantages indirects entre les conjoints (5).

(1) Brodeau sur Louet, R, 30, p. 530. — Cf. Bacquet, *Droits de justice*, ch. XXI, n° 311.

(2) C'est la solution que donnait Choppin dans son commentaire paru en 1596 (Liv. II, tit. I, n° 13).

(3) Celles qui persistaient à exiger la stipulation de remploi, tout au moins dans l'acte de vente, étaient les Coutumes de Sens, de Bar et de Bourbonnais. La Coutume de Metz exigeait même la stipulation dans le contrat de mariage.

(4) Brodeau sur Louet, *loc. cit.*, p. 533 et 534.

(5) Comme le dit Brodeau (p. 533) «... en faisant autrement, ce « serait autoriser un avantage oblique et indirect entre conjoints, ré- « prouvé presque par toutes les Coutumes, en ce que la femme, qui « ne pourrait avantager directement son mari au moyen de la prohi- « bition de la Coutume, consentirait soit volontairement ou par force, « l'aliénation de son propre pour faire entrer les deniers en la commu-

Cette matière de remploi allait donc, on le voit, donner une créance à la femme à la dissolution du mariage. C'est pour la sanctionner qu'elle aura une hypothèque.

La femme aura aussi une récompense pour les pertes que lui fera subir, sur ses propres, la mauvaise gestion de son mari.

§ 2. — Les récompenses dues à la femme pour indemnité des dettes.

L'on admit sans difficultés une récompense au profit de la femme pour les dettes tombées de son chef en communauté, desquelles elle était tenue envers les créanciers, avec recours contre le mari pour le tout en cas de renonciation, et pour ce qui excédait son émolument, en cas d'acceptation. Cette récompense était basée sur la fameuse maxime *marito non licet onerare propria uxoris* entendue par Dumoulin en ce sens que le mari pouvait endetter davantage la communauté jusqu'à faire rejaillir le passif sur les propres de sa femme (1). On jugeait que c'était la communauté qui aurait dû acquitter ces dettes, et que si sa situation obérée ne lui avait pas permis de le faire, c'était par une faute du mari, dont la femme ne devait pas souffrir sur ses propres.

Mais une question qui avait été plus discutée, c'est la

« nauté de laquelle le mari est le maître ». Le même auteur nous apprend pourtant que l'article 232 fut étendu aux Coutumes d'Anjou, Maine et Tours, qui permettaient les donations entre époux. Ce fut, à n'en pas douter, la faveur de la dot qui poussa à cette extension assez discutable. Brodeau tentait de la justifier en argumentant de ce que, dans ces Coutumes, la donation devait être expresse ; il n'y avait donc, d'après lui, aucune raison de considérer comme une donation l'avantage indirect qui résultait de l'aliénation d'un propre de l'un des conjoints (p. 536).

(1) Lefebvre, *op. cit.*, p. 320 et 321.

question de la récompense due à la femme pour dettes contractées conjointement et solidairement avec le mari.

Le désir de sauvegarder la dot de la femme devait conduire à faire pour ces dettes le même raisonnement que pour les précédentes. Mais la femme, en s'obligeant avec le mari, assumait sa part de responsabilité. C'était là la difficulté : pour la tourner l'on invoqua, selon l'habitude le droit romain, notamment le sénatus-consulte Velléien et l'authentique *si qua mulier*, et l'on prétendit que l'obligation de la femme constituait une *intercessio pro marito*. Il fallut la floraison de la renaissance romaine pour soutenir une telle théorie. S'obliger avec son mari, c'était pour la femme se conformer aux anciennes données de concours, de *collaboratio*, et c'était rester dans le cadre d'un régime matrimonial, où les intérêts sont communs. Aussi pouvait-on dire que « la femme commune en biens, qui s'obligeait pour son mari, « ne s'obligeait pas pour un autre, elle s'obligeait au fond « pour elle-même et dans son propre intérêt, car l'intérêt de « son mari, c'était l'intérêt de la communauté, et par conséquent le sien propre » (1). Bien que cette invocation du Velléien fût contraire aux vrais principes de la communauté entre époux, l'on ne vit que la nécessité, pour la femme, de faire annuler des obligations qui engageaient ses propres, et dans ce but, l'on persista à les traiter d'intercessions, ce qui permettait d'obtenir des « lettres royaux » autorisant la rescision des contrats (2). Sur la production de ces lettres, la jurisprudence restituait la femme contre ses obligations, mais primitivement elle ne l'avait restituée que partiellement, es-

(1) Paul Gide, *Etude sur la condition de la femme*, 2^e édition revue par M. Esmein, p. 402.

(2) C'était indispensable pour pouvoir soulever une nullité tirée du droit romain.

timant que malgré sa renonciation à la communauté, elle restait tenue de la moitié de la dette à laquelle elle avait parlé, moitié à l'égard de laquelle elle était considérée comme ayant géré sa propre affaire (arrêt du 1^{er} février 1546 (1). Ensuite le Parlement avait admis le principe, soutenu par Dumoulin (2) que la femme ne devait être tenue en rien quand elle n'avait retiré aucun profit des deniers empruntés conjointement avec son mari, et en conséquence il avait annulé pour le tout de telles obligations d'une femme renonçant à la communauté (arrêts des 14 août 1586, 4 août 1588, 23 août 1597) (3).

Malgré cette jurisprudence, nombre d'engagements de la femme étaient maintenus. Il suffisait, en effet, pour obtenir ce résultat, de la faire renoncer sous serment au Velléen et à l'authentique *si qua mulier* (4). Ces clauses étaient fréquentes, mais elles pouvaient encore être annulées, si les notaires n'avaient pas eu soin, comme le leur prescrivait la jurisprudence, d'indiquer aux femmes la nature et les effets des privilèges auxquels elles renonçaient (5). C'est même cette exigence qui suscita nombre de procès (6), à la suite desquels l'édit de 1606 vint décider purement et simplement

(1) Brodeau sur Louet, F, 17, n° 3.

(2) Dumoulin, *Abrégé du traité des usures*, n° 162.

(3) Louet et Brodeau, F, 17, n°s 1 et 2.

(4) La renonciation aux deux était indispensable (Choppin, *op. cit.*, liv. II, tit. I, n° 7).

(5) « Notaire condamné en vingt écus d'amende pour la faute qu'il « avait faite de n'avoir pas donné à entendre le bénéfice du Velléen. » Arrêts du 2 septembre 1595 et du 29 juillet 1596, Louet, lettre V, t. II, p. 845.

(6) « Comment les notaires eussent-ils expliqué aux femmes ce qu'ils « n'entendaient pas eux-mêmes » ? Hévin, *Défense du droit civil* (t. II, p. 76, 3^e éd.), cité par Gide, p. 408 et 409. — Cf. Bacquet, *Droits de justice*, ch. XXI, n° 110.

que la femme serait tenue, sans que la renonciation au Velléien et à l'authentique fût nécessaire. C'était abroger complètement ces bénéfices en pays de Coutume.

Mais alors la femme se trouvait liée sur les propres par son engagement personnel, auquel ne pouvait la soustraire même la renonciation à la communauté. Il était naturel, par suite, pour des esprits imbus de l'idée romaine de restitution de la dot, de ménager à la femme une indemnité, un droit de récompense. Aussi au ^{xvii}^e siècle, en même temps que l'on prit l'habitude d'insérer dans les contrats de mariage des stipulations d'indemnité (1), la jurisprudence admit-elle de plein droit une récompense au profit de la femme toutes les fois que pour un engagement contracté conjointement ou solidairement pour les affaires de la communauté ou du mari, ses propres avaient souffert (2). La femme pouvait être poursuivie par le créancier, mais elle avait un recours contre la communauté et le mari, et c'est pour ces recours et indemnité que, nous dit Brodeau, « la veuve, suivant les derniers arrêts, a une hypothèque » (3). Remarquons que ce recours était accordé d'autant plus aisément à la femme que déjà l'on tendait à présumer que c'était pour la communauté ou le mari qu'elle s'était obligée (4).

(1) Ces stipulations étaient fréquentes, cela résulte implicitement de Brodeau sur Louet (R, 30, n° 16 *in fine*), ainsi que de Lamoignon (Arrêts, *Art. pers. et hyp.*, art. 61), et explicitement de Renusson, *Pro-pres*, ch. IV, sect. 8, n^{os} 17 et 19.

(2) « L'on présume que son obligation n'est pas absolument libre, « et qu'elle n'y est entrée que pour prévenir la dissension d'entre elle « et son mary qui étoit inévitable en cas de refus » (Lamoignon, *Rapports, Hypothèques*, n° 19 (p. 289). Aucune récompense ne lui était due (c'était elle au contraire qui en devait une à la communauté) quand l'engagement était souscrit dans son intérêt personnel.

(3) Brodeau, sur Louet, F, 17, n° 7.

(4) Renusson, *Communauté*, 2^e partie, ch. VI, n° 12; Lamoignon,

Tels sont les principaux traits du développement des récompenses dues à la femme. En somme, la récompense pour le défaut de remploi des propres fut consacrée en Coutume à la réformation de 1580. Celle pour l'indemnité des dettes le fut plus tard ; elle le fut par la jurisprudence après l'édit de 1606. Du jour où l'on ne pouvait plus arguer de nullité les engagements de l'épouse, il était naturel de leur assurer une bonne indemnité. C'est ce que remarque très justement M. Lefebvre (1).

En dehors de l'hypothèque légale que la femme aura à l'appui de ses récompenses, deux privilèges lui seront reconnus par la jurisprudence :

1° Possibilité de prélever les récompenses sur les biens de la communauté avant le mari (2).

2° Possibilité de les prendre, en cas d'insuffisance de la masse commune, sur les biens propres du mari (3).

Il suffisait de signaler ces deux caractéristiques. Nous

Arrêtés, Communauté, art. 41 (édition de 1783); Pothier, *Communauté*, nos 729 et 766.

(1) Lefebvre, p. 576, note 3. Les rapports de Lamoignon, *Hypothèques*, p. 288-289, disent que c'est un usage tacite qui s'est établi depuis les états de 1614. Mais, d'après M. Lefebvre, c'est 1606 qu'il faudrait plutôt lire.

(2) Pothier, *Communauté*, n° 610.

(3) Lefebvre, p. 403. L'art. 232 de la Coutume de Paris ne l'avait pas dit pour le remploi. C'est la jurisprudence qui l'admit dès la fin du xvi^e siècle (cela résulte implicitement d'un arrêt du 9 avril 1591, rapporté par Bacquet, *Droits de justice*, ch. XXI, nos 341 et s.). — Cf. également Brodeau sur Louet, R, 30, n° 15 ; Lamoignon, *Arrêtés, Communauté*, art. 60 (édition de 1783) ; Pothier, *Communauté*, n° 610. — Certaines Coutumes avaient été plus explicites que celle de Paris (Vermandois, art. 111) ; Nivernais, ch. XXIII, art. 18 ; Bourbonnais, art. 248 ; Bretagne, art. 438 et 440 (Brodeau, *loc. cit.*) Il justifiait un peu plus loin (n° 18) le privilège accordé à la femme par la maxime : *maritus non potest onerare propria uxoris*.

n'avons qu'à nous occuper de l'hypothèque et qu'à examiner les principales questions qu'elle soulevait, notamment les difficultés que l'on eut à trancher pour fixer sa date.

SECTION II. — Garantie des récompenses au moyen
de l'hypothèque conventionnelle ou tacite.

§ 1^{er}. — Généralités.

Nous avons vu comment des clauses de emploi et d'indemnité étaient introduites dans le contrat de mariage. Au xvi^e siècle, quand l'acte notarié emporta hypothèque générale, cette hypothèque sanctionna naturellement ces clauses, au même titre que toutes celles que contenait le contrat.

Quant aux femmes qui n'avaient pas fait de contrat, ou dont les contrats ne contenaient pas ces stipulations, ce sera la jurisprudence qui leur donnera une hypothèque tacite, lorsque le droit à une récompense leur sera reconnu, après 1580 pour le emploi des propres, et 1606 pour l'indemnité des dettes. Le même esprit qui avait inspiré les récompenses présidera à la création de l'hypothèque tacite. C'est la faveur de la dot qui poussera à dire que le prix des rentes propres à la femme rachetées pendant le mariage ou de ses immeubles vendus sans emploi doit rester propre comme les deniers réalisés au contrat de mariage. C'est également la faveur de la dot qui permettra de prétendre que la femme qui a prêté son concours à son mari pour contracter des dettes doit être indemnisée quand ces obligations permettent d'atteindre ses propres. A une époque où le Velléen et l'authentique *si qua mulier* étant abolis, il n'était plus possible de traiter d'intercessions annulables les engagements de la femme, c'était bien le désir de sauvegarder par tous les moyens sa dot qui poussait au principe d'une récompense

dans de telles conditions. Mais précisément la législation de Justinien, si en faveur, était pénétrée de cet esprit de protection outrée à l'égard de la femme, et comme elle admettait à son profit une hypothèque tacite même privilégiée, elle devait être invoquée par analogie avec succès en pays coutumier.

Il suffit du reste de lire les auteurs du xvii^e et du xviii^e siècle pour rencontrer perpétuellement des arguments tirés du droit de Justinien. C'est donc sans difficulté que fut admise l'hypothèque de la femme en jurisprudence, mais de grandes discussions s'élevèrent sur la date à laquelle il convenait de la faire remonter, et ce sont principalement ces discussions que nous examinerons. Avant de les aborder, transcrivons deux articles de Lamoignon qui nous montreront dès à présent à quels résultats s'était arrêtée la jurisprudence. Ce sont les principes généraux qu'il importera d'avoir présents à l'esprit, au cours des développements postérieurs.

« 1^o L'hypothèque est acquise à la femme sur les biens
« du mary du jour du contrat de mariage, ou de la recon-
« naissance des articles faits par devant notaires tant pour
« la restitution des deniers dotaux, douaire préfix et préci-
« put *que pour le emploi des propres alienez et l'indemnité*
« *des dettes auxquelles elle s'est obligée, supposé même qu'il*
« *n'y ait aucune convention pour ce regard dans le contrat*
« *ou articles de mariage* (1) ».

Ainsi la femme munie d'un contrat aura hypothèque du

(1) Lamoignon, *Arrêtés, Des actions personnelles et hypothécaires* (art. 61). La dernière partie de l'article ne concerne que le emploi et l'indemnité, puisqu'auparavant il est question de douaire préfix, c'est-à-dire par définition d'un douaire convenu par contrat de mariage.

jour de ce contrat pour le remploi des propres aliénés et l'indemnité des dettes, le contrat fût-il muet sur cette question des récompenses.

2° « S'il n'y a point de contrat de mariage, l'hypothèque « pour les conventions matrimoniales, *même pour le rem-* « *ploi des propres et l'indemnité des dettes*, a lieu du jour « de la bénédiction nuptiale faite publiquement avec les « solennités requises (1) ».

Pour étudier les questions qui s'élevaient tant sur l'hypothèque du remploi des propres que sur celle de l'indemnité des dettes, il est préférable de les traiter en deux paragraphes distincts.

§ 2. — L'hypothèque du remploi des propres.

Pour la clarté des explications, séparons les diverses hypothèses qui pouvaient se présenter.

1° Un contrat de mariage avait été fait, et il renfermait une clause de remploi des propres de la femme en cas d'aliénation.

Ce remploi était garanti alors par l'hypothèque générale qui résultait du contrat passé devant notaire. Mais une difficulté avait été soulevée par des romanistes qui raisonnaient ainsi ; la stipulation de remploi ou de récompense, faite par la femme au cas de vente de ses héritages ou de rachat de ses rentes propres, qui ne contient pas de condition potestative au deuxième cas où le rachat doit être subi, en contient une au premier cas, puisque la vente dépend du mari, et par suite, ne doit, d'après le droit romain, avoir son effet, dans ce premier cas, que du jour de la condition arrivée, c'est-à-dire de l'aliénation. Ils se basaient sur un

(1) Lamoignon, *Arrêtés*, *Act. pers. et hyp.*, art. 63.

texte du Digeste (1). Mais on leur objectait que l'empereur Léon, pour les dots des femmes, et Justinien, en toutes matières, avaient autorisé ces stipulations, et décidé qu'elles auraient effet du jour où elles seraient faites (2). L'on repoussait donc la distinction que l'on voulait faire entre le rachat des rentes et la vente des propres de la femme, et l'on décidait que celle-ci aurait, aussi bien au deuxième cas qu'au premier, hypothèque du jour du contrat de mariage (3). Arrêt du Parlement de Paris du 17 février 1601 (4).

2° Il n'y avait pas de contrat de mariage.

La femme ne pouvait donc profiter de l'hypothèque générale qui en résultait. Pour assurer la conservation de la dot et l'efficacité des récompenses, il était facile dans ce cas d'invoquer le droit de Justinien qui accordait à la femme une hypothèque tacite pour la restitution de la dot. Nous connaissons même les textes du Code que l'on citait le plus volontiers (5). L'on pouvait aussi tirer argument de ce que l'article 232 de la Coutume de Paris devenu de droit commun prescrivait, sans stipulation, le remploi et la récompense à défaut de remploi. Il était indispensable, dans l'intérêt de la femme, de le sanctionner à l'aide d'une hypothèque :

(1) Digeste, lib. XX, *qui potiores in pignore*, loi 11.

(2) Code, lib. VI, tit. 23, *de testamentis*, loi 25. *Institutes*, lib. III, tit. 19, *de inutilibus stipulationibus*, par. 14.

(3) Renusson, *Propres*, chap. IV, sect. 8, nos 5 et 6. Au n° 7, il justifie cette solution par le besoin de protection de la femme et la faveur de la dot, en invoquant à l'appui les principes de Justinien.

(4) Brodeau sur Louet, R, 30, n° 16 (p. 536), solution qu'il justifie à l'aide de textes de Justinien. — Cf. également Choppin, *Commentaire*, liv. III, tit. III, n° 21.

(5) C'étaient la fameuse loi *Assiduus* (Code, lib. 8, tit. 18, *qui potiores in pignore hab.*, loi 12) et la loi unique (parag. 1^{er}) au Code, lib. 5, tit. 13, *de rei uxoriæ actione*.

« Autrement, disait Renusson, le emploi que lui donne le « droit commun sans stipulation serait inutile, et ce serait « en quelque façon vouloir qu'il n'y eût pas de emploi, s'il « n'avait été stipulé, et l'article 232 ajouté à la Coutume de « Paris lors de sa réformation serait inutile (1). » Mais une fois l'hypothèque admise au profit de la femme à défaut de contrat, il restait à en fixer la date. Il était logique de la fixer au jour où la créance de la femme prenait naissance contre le mari, c'est-à-dire au jour de l'aliénation du propre non remployé, mais une telle solution était inacceptable dans une Coutume qui cherchait à tout prix la conservation de la dot de la femme. Que le mari eût contracté force emprunts par actes notariés au cours du mariage, avant l'aliénation des propres de sa femme, ses créanciers eussent eu une hypothèque préférable à celle de la femme et l'eussent empêchée d'avoir la récompense à laquelle elle avait droit (2). Elle pouvait se trouver ruinée malgré son hypothèque. Il fallait donc, pour sauvegarder ses intérêts, faire remonter l'hypothèque au jour du mariage. Pour parvenir à ce résultat, il ne fut pas difficile de trouver des arguments, plus ou moins bons d'ailleurs. L'hypothèque de la femme n'était-elle pas privilégiée dans le droit de Justinien ? Sans admettre le privilège de l'*assiduis*, n'était-il pas logique que la date de l'hypothèque fût celle de la célébration du mariage ? Le mineur a une hypothèque tacite sur les biens de son tuteur du jour du début de la tutelle. Or le mariage place la femme sous la puissance et l'autorité de son mari. En

(1) Renusson, *Propres*, chap. IV, sect. 8, n° 10. L'argument est assez faible, car l'article 232 (voir le texte, page 93, note 2) ne prévoyait qu'une simple reprise sur les biens de la communauté, et non un recours sur ceux du mari qui fut seulement admis par la jurisprudence, peu après il est vrai.

(2) Ferrière, *Commentaire sur la Coutume de Paris*, art. 237, § 11.

outre, ne se marie-t-elle pas souvent mineure ? Même majeure, n'est-elle pas toujours sous la dépendance du mari, sans qui elle ne peut rien faire, qui administre ses biens, lui persuade la nécessité de les aliéner, et en reçoit le prix, dont il dispose librement ? La puissance et l'autorité maritale commencent avec le mariage. C'est donc du mariage que la femme doit avoir son hypothèque (1). Du reste la femme stipulant le remploi a son hypothèque du jour du contrat ; la Coutume, en introduisant le remploi de plein droit, lui accorde son droit dès l'instant du mariage : dès lors également l'hypothèque doit lui être acquise.

C'est en faisant ces raisonnements que la jurisprudence du Parlement de Paris reconnut à la femme, pour le remploi de ses propres, une hypothèque tacite remontant au jour du mariage (arrêts des 6 mai 1609, 25 décembre 1614, 18 juin 1616) (2).

3° Il y avait bien un contrat de mariage, mais il ne contenait aucune clause de remploi ni de récompense.

Pas de difficultés pour accorder à la femme une hypothèque tacite, puisqu'on la lui donnait en l'absence du contrat. Mais à quelle date la faire remonter ? Au jour du mariage ou au jour du contrat ? La première date pouvait sembler plus logique, puisque c'était d'elle que commençait la puissance maritale. L'hypothèque générale du contrat ne pouvait d'autre part s'appliquer à une stipulation qui y avait été omise. Il fallait donc donner la même solution que pour la femme mariée sans contrat : hypothèque tacite

(1) Autre argument : d'après Justinien, l'hypothèque tacite contre les mauvais administrateurs remontait au début de leur administration, et non pas seulement au jour de leur première faute. Code, lib. VI, tit. 64, *de bonis quæ liberis*, const. 6, par. 4.

(2) Rapportés par Renusson, *Propres*, chap. IV, sect. 8, n° 13.

du jour de la célébration (1). Cependant la jurisprudence l'accorda du jour du contrat, ainsi que le prouve une longue suite d'arrêts : 9 mars 1613, 11 août 1618, 6 août 1622, 29 mai 1623 (2), 2 juin 1636 (3).

« La faveur de la dot, disait Ferrière sur l'article 232, « veut que la femme ait hypothèque du jour de son contrat, « car puisque la Coutume en cet article ordonne le emploi « et que le emploi est dû sans être stipulé, il faut suppléer « le défaut de la loi. » Raisonement expliquant suffisamment l'hypothèque tacite datant du mariage, mais faiblement celle qui prenait rang du jour du contrat. Il eût fallu dire, comme Brodeau, que « le contrat de mariage étant « le centre auquel aboutissent tous les actes et actions qui « concernent les droits de l'un et de l'autre des conjoints, « lesquels se font pendant le mariage » (4), l'on concevait que la femme eût hypothèque pour l'ensemble de ses droits, même pour ceux qui n'y étaient pas stipulés, du jour de ce contrat.

En résumé, la jurisprudence admettait que l'hypothèque de la femme pour le emploi de ses propres aliénés datait

(1) C'est cette solution que préconisait Renusson, chap. IV, sect. 8, n° 9, tout en signalant au n° 13 *in fine* la solution contraire de la jurisprudence.

(2) Brodeau sur Louet, R, 30, p. 534, 2° col : « ... Le 2° donné en « la 3° chambre des enquêtes, au rapport de M. de Lamoignon, qui a « été depuis président, le 11 août 1618... par lequel le emploi quoi- « que non stipulé fut adjugé, même l'hypothèque pour icelui du jour « du contrat de mariage. » Le Lamoignon dont il est question est le père du premier président ; ce dernier vécut de 1617 à 1677.

(3) Brodeau sur Louet, R, 30, p. 537, col. 1. Il dit, p. 536 *in fine*, que l'hypothèque tacite est accordée, à l'exemple du mineur, à la femme « qui est sous la tutelle perpétuelle de son mari » et il cite plusieurs textes de Justinien sur lesquels il s'appuie.

(4) *Ibid.*, p. 537, col. 1.

du jour du contrat de mariage ; à défaut de contrat, du jour de la célébration du mariage. C'est ce que constate brièvement Pothier, en se bornant à faire allusion aux difficultés que nous venons d'exposer (1).

§ 3. — L'hypothèque de l'indemnité des dettes.

La femme, nous l'avons vu, pouvait avoir droit à récompense pour deux catégories de dettes : 1^o les dettes tombées en communauté de son chef ; 2^o celles contractées conjointement ou solidairement avec le mari ; examinons les deux cas successivement.

I. — *Dettes tombées en communauté du chef de la femme* (2).

À la dissolution du mariage, la femme peut être poursuivie pour la totalité de ces dettes, parce qu'elles ont été contractées par elle, mais de toutes façons elle aura un recours contre la succession de son mari. Accepte-t-elle la communauté ? Elle ne devra supporter définitivement qu'une partie de ces dettes, la moitié en principe, parfois moins grâce au bénéfice d'émolument, lorsque la valeur de ce qu'elle retire de la communauté est inférieure à cette moitié, et elle aura recours contre les héritiers du mari pour toute la portion de la dette excédant le chiffre de son émolument. Renonce-t-elle à la communauté ? Elle fait par là-même abandon de cette communauté aux héritiers du mari, et, comme ces dettes en font partie, elle n'en doit rien supporter définitivement. C'est alors pour leur montant intégral qu'elle aura recours contre la succession du mari.

Dans ces deux cas, ce recours était garanti par une hypo-

(1) Pothier, *Communauté*, nos 610 et 611.

(2) Cf. sur ce point : Renusson, *Traité de la Communauté*, 2^e partie, chap. V.

thèque, mais le principe n'en avait pas été admis sans discussion (1).

Certains ne voulaient reconnaître à la femme qu'une simple action personnelle. Ils se basaient sur l'article 221 de la Coutume de Paris, disant que le mari est tenu personnellement à cause de la communauté des dettes mobilières de la femme contractées avant le mariage. On leur répondait que cet article ne visait que les rapports du mari et des créanciers, et non ses rapports avec la femme. Mais, répliquaient-ils, si la femme avait une hypothèque, ses créanciers, exerçant ses droits, par exemple lors d'une séparation de biens, se trouveraient avoir contre le mari une action hypothécaire contrairement à la disposition de l'article 221. Ce raisonnement était vicieux. Cet article ne concernait évidemment que les créanciers agissant en leur propre nom contre le mari, et non ceux qui exerçaient contre lui les droits de la femme. Au premier cas, nul doute qu'ils eussent seulement une action personnelle. Au deuxième, rien ne s'opposait à l'exercice d'une action hypothécaire, si la femme en avait une. Et on était disposé à lui en reconnaître une, en se basant sur les principes que nous avons indiqués : d'une part, le mari obligé d'acquitter de telles dettes de sa femme parce qu'elles sont devenues communes et qu'il est maître des biens de la communauté du jour du mariage, d'autre part la femme soumise à sa puissance dès ce même

(1) La question se posait par exemple dans l'hypothèse suivante : une fille majeure ayant une dette mobilière se marie. Cette dette tombe en communauté. Pendant le mariage le mari contracte des obligations. Il meurt, ses biens sont saisis. Sa veuve renonce à la communauté, fait opposition au décret pour le montant de sa dette devenue charge de communauté et demande sa collocation par hypothèque du jour de son contrat de mariage. — Cf. Renusson, *Communauté*, 2^e partie, chap. V, n° 16.

jour, *in tutela mariti*, et incapable de le forcer à acquitter ces dettes ; l'impossibilité d'admettre que ses propres puissent être compromis par la faute du mari et par dessus tout l'invocation par analogie de l'hypothèque de Justinien. Tout cela portait à lui accorder une hypothèque du jour du contrat de mariage, du jour du mariage à défaut de contrat (1).

Une troisième opinion faisait une distinction, ne reconnaissant d'hypothèque à la femme qu'en cas de renonciation à la communauté. Acceptait-elle ? C'était au moment du partage qu'il y avait lieu d'acquitter les dettes mobilières d'avant le mariage, et c'était à elle à ne pas laisser faire ce partage sans que les héritiers du mari eussent acquitté la moitié de ce passif sur leur part de communauté. Faute d'avoir pris cette précaution, il ne lui restait qu'à poursuivre la succession du mari au moyen d'une simple action personnelle, à moins que le partage n'eût été passé devant notaire ou fait en justice.

Cette opinion ne prévalut pas ; non seulement elle était d'une excessive subtilité, mais en outre, basée comme elle l'était sur une prétendue négligence de la femme, elle se trouvait en défaut dans un cas où le système qu'elle préconisait était inapplicable, sans qu'il y eût rien à reprocher à la femme, celui où elle usait du bénéfice d'émolument. Sa part de communauté étant insuffisante à acquitter la moitié des dettes, il en était de même pour la part des héritiers du mari, et la communauté entière en somme ne les pouvait payer intégralement. Le solde devant l'être par la succession du mari, il fallait que la femme exerçât son recours contre elle, et pourquoi ne pas lui donner à l'appui une hypothèque quand elle en avait une au cas de renonciation ?

Aussi décidait-on en définitive que la femme aurait hypo-

(1) Renusson, *Communauté*, loc. cit., n^{os} 18 et 20.

thèque du jour du contrat de mariage, à défaut de contrat, du jour du mariage (1).

II. *Dettes contractées conjointement ou solidairement avec le mari.* — Ce sont également des dettes de communauté, et l'étendue du recours de la femme forcée de les acquitter à la dissolution du mariage est le même que pour les dettes précédentes : recours pour le tout en cas de renonciation, pour ce qui excède l'émolument en cas d'acceptation. Mais la date de l'hypothèque ne fut fixée qu'après beaucoup d'hésitations.

Le contrat de mariage contenait-il une stipulation d'indemnité ? L'hypothèque générale le garantissait bien, mais pouvait-elle réellement remonter au jour du contrat ? Non, semblait-il. L'obligation, imposée au mari, d'indemniser la femme des dettes qu'elle contracte durant la communauté, ne naît que le jour où la femme les contracte : l'hypothèque générale est bien produite par le contrat de mariage, mais elle est l'accessoire du droit de la femme, et ce droit ne naît que le jour où elle s'oblige envers les créanciers avec le mari. Par conséquent, si la convention d'hypothèque existait dès le contrat, le droit d'hypothèque ne se manifestait qu'avec le droit d'indemnité. Il ne devait donc pas logiquement remonter plus haut (2).

Une difficulté analogue avait été soulevée pour l'hypothèque du remploi (3). Nous avons vu comment on l'avait écartée en tirant argument des constitutions des empereurs Léon et Justinien donnant effet à de telles stipulations concernant un droit qui s'ouvrirait ultérieurement dès le

(1) Renusson, *loc. cit.*, n° 20.

(2) Pothier, *Communauté*, n° 763.

(3) Ci-dessus, p. 402.

jour où elles avaient été faites. L'on invoqua également ici ces textes pour tourner cette question épineuse, et l'on admit qu'en cas de stipulation d'indemnité l'hypothèque prendrait rang au jour du contrat de mariage.

L'on admit également une hypothèque tacite au profit de la femme soit en l'absence de contrat de mariage, soit en l'absence de stipulation dans le contrat de mariage (1). Les mêmes arguments que pour l'hypothèque du emploi furent invoqués, et l'on répéta notamment que si la femme s'obligeait, c'était sous l'influence du mari, et que cette autorité maritale ne lui laissait pas la faculté de se soustraire à cette influence (2). Mais comme la puissance maritale ne commence qu'à la célébration du mariage, c'est de cette dernière date que l'on fut tenté de faire partir l'hypothèque tacite dans les deux cas ; qu'il y eût ou non un contrat, peu importait, semblait-il, du moment qu'aucune stipulation d'indemnité ne s'y trouvait. Cependant, comme pour le emploi, et à l'aide des mêmes raisons, ce fut finalement du jour du contrat, même muet sur ce point, que l'hypothèque tacite eut son point de départ.

Tous ces résultats furent consacrés par la jurisprudence avec plus ou moins d'hésitations au cours du xvii^e siècle.

(1) « Jugé pour l'hypothèque de la femme sur les biens de son mari « à cause de l'indemnité des dettes auxquelles elle s'est obligée pendant la communauté, à laquelle elle renonce, qu'elle a non seulement action, mais aussi hypothèque du jour de son contrat de « mariage, bien que par icelui il n'y ait aucune stipulation d'acquit, « par arrêt du 7 septembre 1643, donné en la chambre de l'Edit... Le « même auroit lieu, quand bien il n'y auroit point de contrat de « mariage, comme il est notoire que la plupart des personnes rustiques ou de médiocre condition n'en font point, la loi suppléant à « ce défaut » (Brodeau sur Louet, R, 30, n° 16 *in fine*).

(2) Renusson, *Propres*, chap. IV, sect. 8, n° 18 ; Lamoignon, *Rapports, Hypothèques*, n° 19.

cle (1). Des arrêts du 17 mars 1608 (2), du 7 septembre 1645 (3) et du 7 septembre 1656 (4), avaient donné les solutions précédentes. L'édit de 1673 consacra les mêmes principes en son article 61 (5), et bien qu'il eût été abrogé rapidement, il semble avoir fixé définitivement la jurisprudence. Lebrun et Pothier attestent qu'aucune question litigieuse ne fut plus soulevée après un arrêt du 5 juillet 1681 conforme aux précédents (6). « Pour justifier cette jurisprudence, écrit Pothier, on dit qu'un homme, en se mariant, « contracte envers sa femme l'obligation de lui restituer la « dot franchement après la dissolution de la communauté, « il s'oblige *dotem salvam fore*. Or cette obligation de lui « rendre la dot franchement renferme celle d'acquitter la « femme des dettes par lesquelles sa dot pourrait être enta- « mée, et qui empêcheraient qu'elle ne l'eût franche- « ment (7). »

C'est bien encore l'idée de la restitution de la dot et de la sauvegarde des propres de la femme qui permet d'arriver au résultat, très avantageux pour elle, que Pothier formule ainsi : « La jurisprudence accorde cette hypothèque du jour

(1) L'arrêt le plus ancien, semble-t-il, celui du 17 mars 1608, cité ci-après, fit remonter l'hypothèque au jour du contrat de mariage, mais, vivement critiqué, il ne fut pas suivi (Lebrun, *Communauté*, liv. III, ch. II, sect. 2, dist. 6, n° 4) et la jurisprudence postérieure dut jusqu'en 1645 prendre comme point de départ la date des obligations. Elle revint ensuite, avec quelques écarts, à la solution de 1608. Les rapports de Lamoignon (*Hypothèques*, n° 14, p. 288) disent que les arrêts accordent l'hypothèque tacite du jour de la bénédiction nuptiale.

(2) Lebrun, *Communauté*, liv. III, chap. II, sect. 2, dist. 6, n° 4.

(3) Rapporté ci-dessus, page, 411 note 1.

(4) Renusson, *loc. cit.*, n° 17.

(5) *Ibid.*, n° 19.

(6) Lebrun, *loc. cit.*, n° 4 ; Pothier, *Communauté*, n° 764.

(7) Pothier, *op. cit.*, n° 764 *in fine*.

« du contrat de mariage, soit qu'elle y ait été stipulée, soit
« qu'elle ne l'ait pas été ; et même, lorsqu'il n'y a pas eu de
« contrat de mariage, elle l'accorde du jour de la célébra-
« tion du mariage (1). »

§ 4. — Cas exceptionnels où l'hypothèque du remploi des
propres et de l'indemnité des dettes ne remontait pas au
début du mariage.

A. — *Séparation de biens.*

Une question primordiale se posait en ce qui concerne
le remploi. Le mari était-il tenu du remploi des propres de
sa femme séparée ?

A première vue la négative semblait s'imposer. Le mari
n'ayant plus l'administration des biens de la femme, c'était
elle qui recevait le prix et qui avait à effectuer le remploi.
De plus, le remploi avait été admis pour éviter que la com-
munauté s'enrichît aux dépens de la femme qui vendait son
propre et que le mari retirât ainsi de cette opération un
avantage indirect. Or, dans le cas que nous étudions, la
communauté n'existe pas. Donc, en apparence, impossibi-
lité d'avantage indirect.

Ce raisonnement, à le creuser, n'était pas très solide.

(1) Pothier, n° 763. Il n'en est pas moins vrai qu'un mari qui avait
contracté des dettes pendant le mariage pouvait faire tort à ses créan-
ciers en provoquant l'engagement de la femme dans des obligations
postérieures, car les créanciers auxquels la femme était obligée se
faisaient colloquer par hypothèque du jour du contrat de mariage, ou
du mariage, préférablement aux créanciers envers lequel le mari seul
s'était obligé pendant le mariage. L'engagement de la femme n'était
annulé qu'en cas de fraude (Pothier, *Communauté*, n° 767). C'était là
un des plus graves inconvénients du système que nous venons de
décrire et que le Code civil n'a pas adopté (pas plus que pour le rem-
ploi des propres d'ailleurs).

Quand aucun emploi n'avait été fait à la suite de la vente d'un propre d'une femme séparée, qui prouvait que le mari n'eût rien reçu du prix ? De l'absence de communauté il ne s'ensuivait pas que le mari ne pût bénéficier du défaut de remploi. La femme séparée ne pouvait vendre son propre sans l'autorisation de son mari. Celui-ci ne pouvait-il profiter de son autorité maritale pour la pousser à vendre ses héritages et à lui en donner le prix en cachette ? La séparation eût été dans ce cas pour le mari un moyen de s'emparer de tout le bien de sa femme. Le seul remède à ce danger était de rendre le mari responsable du défaut de remploi. Il appartenait au mari soit d'empêcher l'aliénation du propre de la femme en refusant son autorisation, soit, comme l'indique Pothier, de « tenir arrêté chez le notaire le prix jusqu'à ce qu'on ait trouvé à en faire emploi ». Deux arrêts du 24 mai 1741 et du 30 juillet 1744 avaient consacré la deuxième opinion. Un arrêt du 27 avril 1748 adopta bien l'autre, mais en l'espèce le mari ne pouvait être soupçonné de s'être approprié le prix de l'aliénation. C'était la femme elle-même qui avait fait l'emploi du prix, et c'est parce qu'il avait été malheureux qu'elle voulait tenter un recours contre le mari. Son action fut repoussée : il était certain que le mari n'avait jamais reçu les deniers de l'aliénation (1).

Pareille question se posait pour l'indemnité des dettes contractées par la femme après la séparation de biens. Le fondement de cette récompense, en régime de communauté, était l'obligation du mari de restituer la dot de sa femme et d'empêcher par suite sa dissipation aussi bien indirectement que directement. Or, au cas de séparation,

(1) Pothier, *Communauté*, n° 605.

cette obligation de restituer n'existait pas ou n'existait plus. Jamais elle n'avait existé pour la séparation contractuelle, puisque le mari n'avait jamais reçu la dot. Elle n'existait plus après la séparation judiciaire, puisque c'est alors que le mari avait restitué la dot. Malgré ces objections la récompense était admise au profit de la femme séparée de biens, sous prétexte que, malgré la séparation et la restitution de la dot, le mari était toujours tenu de veiller à sa conservation, ayant contracté cette obligation par le fait du mariage (1). Ce qui le prouvait, c'est que la femme ne pouvait passer aucun engagement sans l'autorisation de son mari. Celui-ci devait donc l'indemniser des dettes qu'elle avait contractées conjointement ou solidairement avec lui.

Le principe du recours de la femme admis dans les deux cas, l'hypothèque vint s'y adjoindre comme garantie sans difficultés. La femme aurait eu une hypothèque, si elle n'avait pas été séparée. Ce n'était pas la séparation qui devait l'en priver : la séparation étant destinée à sauvegarder sa dot, ç'eût été un non-sens que de lui refuser l'hypothèque.

Il restait seulement à déterminer le rang de cette hypothèque ; là on ne put jamais parvenir à fixer de principes fermes.

Beaucoup étaient d'avis que l'hypothèque de la femme séparée ne devait prendre rang, pour le emploi, que du jour des aliénations, pour l'indemnité, que du jour des obligations. Le mari, disaient-ils, n'ayant plus l'administration des biens de sa femme, celle-ci peut disposer seule du prix de vente de ses propres, notamment faire le emploi. Si elle le laisse au mari, c'est un prêt qu'elle lui fait.

(1) Pothier, *Communauté*, n° 765.

De même, si elle contracte des obligations avec lui, c'est d'un cautionnement qu'il s'agit. Prêt et cautionnement ne lui peuvent donner hypothèque pour sa récompense que du jour où ils sont passés (1).

D'autres soutenaient que l'hypothèque devait remonter au jour du contrat de mariage, s'il y en avait un, à défaut de contrat, au jour du mariage. Reprenant l'argument que nous avons déjà rapporté, ils faisaient observer que, malgré la séparation, la femme restait sous la puissance du mari, qu'elle ne pouvait rien faire sans l'autorisation du mari, et que celui-ci n'étant plus tenu de lui restituer sa dot, l'était encore de la conserver ; or cette obligation ayant été assumée par le contrat de mariage, ou par le fait du mariage, l'hypothèque qu'il sanctionnait devait aussi prendre rang du jour du mariage ou du contrat de mariage (2).

La jurisprudence était flottante. Plusieurs arrêts avaient jugé en faveur de la deuxième opinion : 6 septembre 1653, 26 août 1656, 24 juillet 1699 (3). Par contre la première avait été adoptée par des arrêts du 8 juin 1674 (4), du 9 avril 1702 et du 26 juillet 1742 (5), et c'est celle que Lamoignon avait formellement exprimée dans ses *Arrêts* (6).

(1) Renusson, *Propres*, ch. IV, sect. 8, n° 24.

(2) C'était l'opinion très ferme de Brodeau : « Cette hypothèque « pour l'indemnité de la femme, du jour de son contrat de mariage, « a lieu même pour les dettes contractées depuis la séparation de « biens, qui ne donne point d'atteinte à la puissance et autorité mari- « tale » (sur Louet, R, 30, n° 16 *in fine*).

(3) Arrêts rapportés par Lebrun, *Communauté*, liv. III, chap. II, sect. 2, dist. 6, n° 7 ; Pothier, *Communauté*, n° 765.

(4) Renusson, *loc. cit.*, n° 26.

(5) Pothier, n° 765 *in fine*.

(6) Des actions personnelles et hypothécaires, art. 74 : « Et néan- « moins, si la femme s'est obligée avec son mari depuis la faillite « ou peu de jours avant le traité fait avec ses créanciers, et depuis la

B. — *Autres cas*

Nous les trouvons énumérés dans l'article 74 des *Arrêtés* de Lamoignon (1). Il semble bien que de son temps l'hypothèque de la femme pour l'indemnité des obligations passées avec son mari ne prenait rang que du jour de ces obligations quand elles l'avaient été : 1° après la faillite ou peu avant « le traité fait avec les créanciers » ; 2° après la saisie générale des immeubles du mari.

Dans ces deux cas les nouvelles dettes risquaient fort d'être fictives, étant contractées à un moment où l'insolvabilité du mari était notoire, et d'être un moyen employé pour frustrer les anciens créanciers, car les nouveaux, ayant la femme pour obligée et exerçant ses actions, auraient pu se faire colloquer grâce à son hypothèque, avant les autres. En ne faisant remonter l'hypothèque qu'au jour des obligations toute fraude était déjouée (2).

En arrivant aux termes de nos explications sur l'hypothèque garantissant les récompenses de la femme, nous en avons fini de donner un aperçu sur la façon dont une hypothèque fut reconnue à la femme pour la conservation de ses droits. Ceux que nous avons passés en revue étaient déjà nombreux. Du moment qu'ils étaient sanctionnés par une hypothèque, le principe devait s'établir que pour tous les droits sans exception qui pourraient constituer la femme créancière du mari, elle jouirait de la même garantie. Nous allons voir plus particulièrement dans le titre suivant quels

« sentence de séparation de biens, ou depuis la saisie générale des « immeubles de son mary, n'aura hypothèque pour son indemnité « que du jour et date des obligations auxquelles elle sera entrée. »

(1) Cf. également Lamoignon, *Rapports, Hypothèques*, p. 289.

(2) Renusson, *loc. cit.*, n° 30 Pothier au n° 767 accorde aux anciens créanciers une exception de dol contre les nouveaux pour les empêcher de se faire colloquer avant eux.

étaient les caractères de cette hypothèque arrivée à son développement. Mais auparavant nous voudrions résumer en quelques mots les données générales qui nous paraissent ressortir des différents chapitres qui précèdent et devoir en servir de conclusion.

L'hypothèque de la femme mariée a commencé par être une application des hypothèques générales produites par les actes notariés. Elle résultait du contrat de mariage (1). Nous avons vu que l'hypothèque de l'acte notarié dut apparaître vers l'époque de l'ordonnance de 1539, mais qu'elle ne pouvait avoir toute son utilité et produire tous ses effets qu'après l'ordonnance de 1566 (2).

L'hypothèque tacite accordée à la femme en l'absence de contrat fut admise en jurisprudence par analogie avec l'hypothèque tacite de Justinien (3) ; de même que celle-ci garantissait la *dos* et la *donatio ante nuptias*, elle constitua la sûreté de la dot et du douaire coutumier. Pour la première elle n'avait qu'une application restreinte (nous avons dit pourquoi) (4). Pour le second elle eut une utilité plus grande que nous avons signalée. Elle était connue vers 1560 (5) mais elle n'eut une véritable importance que quand elle fut appelée à sanctionner les récompenses légales. Or celle pour le emploi ne date que de 1580 (6), et celle pour l'indemnité des dettes de l'époque qui suivit l'abrogation du Velléen par l'édit de 1606 (7). Encore pour la première la coutume ne parlait-elle que d'une reprise sur la commu-

(1) Ci-dessus, p. 52 et 53.

(2) P. 51 et 58.

(3) P. 103 notamment.

(4) P. 76.

(5) P. 81.

(6) P. 93.

(7) P. 98.

nauté. Le recours sur les propres du mari avec l'hypothèque tacite à l'appui fut une création de la jurisprudence de la fin du xvi^e siècle (1). Quant à la seconde, si le principe en fut admis par la jurisprudence, il y eut de grosses difficultés au sujet de la date de l'hypothèque qui la garantissait, puisque la question fut agitée dans tout le cours du xvii^e siècle et ne fut définitivement tranchée que par un arrêt de 1681 (2).

(1) P. 99, note 3.

(2) P. 112.

TITRE III

PRINCIPAUX CARACTÈRES DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE A SON DÉVELOPPEMENT

CHAPITRE PREMIER

NATURE DE L'HYPOTHÈQUE.

§ 1^{er}. — Son double aspect.

L'hypothèque de la femme mariée se présentait sous un double aspect, selon que les époux avaient fait ou non un contrat de mariage

Y avait-il eu un contrat ? C'était alors de l'hypothèque générale qui en résultait de plein droit que profitait la femme, à condition, bien entendu, qu'il fût passé devant notaire, mais nous avons vu qu'il l'était presque toujours. On pouvait, dans ce cas, qualifier l'hypothèque de conventionnelle.

A défaut de contrat, c'était véritablement une hypothèque légale qu'avait la femme, plus exactement une hypothèque tacite, car les Coutumes rédigées n'en parlaient pas (1). Il

(1) Sauf quelques rares exceptions, dont la principale était la Coutume du Nivernais (ch. XXIII, art. 18).

n'en avait rien été dit notamment dans celles de Paris et d'Orléans, aux réformations de 1580 et 1583. C'était la jurisprudence qui l'avait fait entrer dans l'usage, à l'exemple du droit de Justinien.

Nul n'a fait ressortir plus nettement que Guy Coquille le double caractère de l'hypothèque de la femme mariée :
 « Les contrats de mariage reçus par notaires de cour Laye,
 « dit-il, emportent hypothèque qu'on tient pour expresse...
 « Mais si le contrat avait été reçu par notaire d'église, ou
 « passé sous les signatures des parties, ou n'y eût contrat
 « par écrit, la femme néanmoins auroit hypothèque tacite
 « introduite par la Loy. » (1) Ce double caractère, nous
 avons du reste assez souvent eu l'occasion de le constater
 au cours des développements qui précèdent, pour qu'il ne
 soit pas nécessaire d'y insister.

A quelle date remontait-elle ? Nous l'avons vu déjà à maintes reprises. L'hypothèque conventionnelle, résultant de l'acte notarié, prenait rang du jour même de ce contrat. L'hypothèque tacite avait pour point de départ celui de la célébration du mariage (2). Ce n'était que dans des cas, nous l'avons indiqué, très rares et du reste discutés qu'il en était autrement.

(1) Guy Coquille, *Commentaire sur la Coutume du Nivernais*, ch. XXIII, art. 18, sous les mots : « Hypothèque par la Coustume ».

(2) Lamoignon, *Arrêts, Act. pers. et hyp.*, art. 61 et 63 ; Guy Coquille le disait déjà au xvi^e siècle, *loc. cit.* : « Cette hypothèque pour
 « la restitution de la dot de la femme, si elle est stipulée au même
 « contrat reçu par le notaire, aura son effet de priorité du jour du con-
 « trat passé sans attendre le jour de l'accomplissement du mariage,
 « ni le jour du paiement de la dot. Mais s'il n'y a point de contrat
 « passé, ni d'hypothèque stipulée, comme quand il n'y a que des arti-
 « cles accordez, et nous soyons aux purs termes d'hypothèque tacite et
 « légale, il semble que la dite hypothèque est du jour de l'accomplisse-
 « ment du mariage, car de ce jour dot commence à être dot. »

Somme toute, c'était, **sous son** double aspect, une hypothèque de l'ordre **commun**. L'influence du droit romain, si grande fût-elle en droit commun coutumier, ne put y faire admettre au profit de la femme le privilège de la loi *Assiduis* qui lui permettait, dans la législation de Justinien, de primer tous les créanciers du mari, voire ceux antérieurs au mariage. Ce privilège parut toujours excessif en France, et l'on se contenta de l'hypothèque remontant au jour du contrat ou à celui du mariage (1).

« Tout ce règlement de l'hypothèque de la femme, fait du « reste remarquer M. Lefebvre, était un véritable règlement « légal auquel l'existence d'un contrat de mariage n'ajoutait « qu'un petit avantage de date, sans pouvoir modifier l'en- « semble des principes et des applications de l'hypothèque (2). »

§ 2. — Caractère occulte de l'hypothèque.

C'était non seulement une hypothèque générale, c'était aussi une hypothèque occulte. Mais il n'y avait pas là dérogation au droit commun. L'hypothèque, dans tout l'ancien droit, présenta le même caractère (3). A vrai dire, chacun sait que Colbert fit une tentative de suppression de l'occultisme hypothécaire. Son édit de 1673 soumettait à l'oppo-

(1) Coquille, *loc. cit.* ; Pothier, *Traité de l'hypothèque*, n° 147 : « Par « le droit romain, suivant la constitution de Justinien, la femme avait « pour la restitution de sa dot une hypothèque privilégiée à celle des « autres créanciers de son mari. Notre droit coutumier n'a point « admis ce privilège et ne donne à la femme qu'une simple hypothèque, du jour du contrat de mariage, ou de la célébration, s'il n'y a « pas de contrat. »

(2) Lefebvre, *op. cit.*, p. 579.

(3) Il faut faire exception pour les pays de nantissement. Nous aurons l'occasion de dire quelques mots sur le régime hypothécaire de ces pays.

sition, c'est-à-dire à l'inscription, toutes les hypothèques conventionnelles ou judiciaires, mais l'article 60 de cet édit exceptait de cette formalité l'hypothèque légale de la femme mariée. Aucune inscription n'était requise pour « dot, douaire et autres droits pendant le mariage ». Toutefois, une restriction était apportée à la dispense d'inscription. Les articles 63 et 64 prescrivaient d'inscrire dans un certain délai l'hypothèque de la femme, soit après un jugement de séparation de biens, soit après la dissolution du mariage. La publicité de cette hypothèque eût donc été assurée dans une certaine mesure. Mais point n'est besoin d'insister sur ces articles. Ils restèrent lettre morte. L'édit de mars 1673 vécut à peine un an. Dès le mois d'avril 1674, il fut rapporté, sans avoir jamais reçu la moindre application, et les hypothèques restèrent occultes, comme précédemment (1). Ainsi fut sauvé le crédit de la noblesse (2). La publicité des hypothèques, en montrant au grand jour à quel point ses biens étaient grevés et ses fortunes diminuées, l'eût ruiné sans retour.

(1) Remarquons que le caractère occulte présentait moins de gravité pour l'hypothèque de la femme mariée que pour une autre. Une inscription n'eût jamais pu renseigner les tiers que d'une façon imprécise la créance de la femme étant indéterminée jusqu'à la dissolution du mariage.

(2) Ce fut elle principalement qui, grâce à la lutte sourde qu'elle mena et aux influences de cour qu'elle fit jouer, ruina la réforme de Colbert. Mais les Parlements, dont bien des membres auraient été sans doute atteints par elle, s'y montrèrent également hostiles.

CHAPITRE II

L'ASSIETTE DE L'HYPOTHÈQUE.

L'hypothèque légale de la femme mariée, étant générale, s'étendait à tous les immeubles propres du mari, présents et futurs, mais rien qu'aux immeubles. Non seulement la femme, conformément au droit commun, n'avait aucune hypothèque sur les meubles, mais elle n'avait sur eux aucun privilège (1). Rappelons du reste que des biens regardés aujourd'hui comme mobiliers, rentes et offices, étaient rangés dans la catégorie des immeubles (2). Enfin, dans les immeubles grevés figuraient ceux qui étaient déjà affectés au douaire coutumier (3). Mais il y avait des héritages que l'hypothèque ne frappait pas subsidiairement (certains offices et biens faisant l'objet d'une substitution). Il en était d'autres à propos desquels on discutait le point de savoir dans quels cas ils étaient soumis à l'hypothèque de la femme. C'étaient les conquêts de communauté. Nous avons à examiner ces deux questions.

(1) Lamoignon, *Arrêts, Act. pers. et hyp.*, art. 62 : « La femme n'a « aucun privilège sur les biens meubles ou immeubles de son mary « pour la restitution de sa dot, et autres conventions matrimoniales, « au préjudice des créanciers antérieurs et postérieurs au contract de « mariage... » En ce qui concerne les immeubles, Lamoignon veut dire que l'hypothèque de la femme n'est pas privilégiée.

(2) Il en était ainsi même des rentes constituées, Pothier, *Hypothèque*, n° 39.

(3) Lefebvre, *op. cit.*, p. 578.

§ 1^{er}. — Biens grevés d'une façon subsidiaire.

1° *Un office appartenant en propre au mari était-il frappé par l'hypothèque légale de sa femme ?*

Il semble que dans l'ancien droit la question n'ait été étudiée qu'à propos du douaire coutumier. Mais elle se posait aussi bien pour l'assiette de l'hypothèque légale, puisque les biens soumis au douaire étaient grevés de cette hypothèque.

Sans nous attarder à l'exposé des controverses qui s'élevaient, bornons-nous à donner la solution qui avait prévalu dans l'ancien droit : les offices domaniaux (greffes, notariats, charges de receveurs des consignations), en un mot tous ceux qui étaient « sujets à revente avec faculté de rachat perpétuel », étaient soumis sans restriction au douaire, par suite grevés de l'hypothèque légale. Les autres, ceux de judicature et de finances, à raison de leur caractère héréditaire, n'y étaient soumis qu'à défaut d'autres biens suffisants pour assurer les droits de la femme (1).

2° *En cas de substitution, la femme du grevé avait-elle une hypothèque sur les biens donnés ou légués à charge de substitution ?*

Comme pour les offices, la question paraît avoir été résolue d'abord pour le douaire.

Un arrêt du 14 août 1607 (2) avait jugé que les biens grevés de substitution en ligne directe étaient hypothéqués subsidiairement à défaut d'autres biens, pour le douaire de la femme du grevé.

(1) Renusson, *Propres*, ch. V, sect. 4, n^{os} 55 et 56. Longue jurisprudence aux numéros suivants. Le principe était déjà posé, quoique moins clairement, aux *Rapports* de Lamoignon, *Offices*, n^o 23 (p. 502).

(2) Rapporté par Renusson, *Traité du douaire*, ch. III, n^o 44.

Cette solution pouvait se justifier : la substitution était faite en ligne directe. Par suite la femme du grevé, en exerçant son droit sur les biens substitués, ne les faisait pas perdre aux appelés. Ceux-ci, étant ses enfants, les retrouvaient plus tard dans sa succession, au lieu de les prendre immédiatement dans celle de leur père (1).

Il en était différemment quand les biens étaient substitués en ligne collatérale. Les appelés se trouvaient frustrés par le recours de la femme sur les biens substitués. Aussi un arrêt du 27 mars 1584 (2) avait-il soustrait au douaire de la femme les biens substitués en ligne collatérale.

Mais l'arrêt précité de 1607 restreignait au premier degré la solution qu'il donnait pour la substitution en ligne directe. La jurisprudence ne tarda pas à devenir plus libérale, et un arrêt du 21 février 1647 jugea que les biens substitués en ligne directe étaient obligés subsidiairement à *la dot et au douaire dans tous les degrés* (3).

Enfin au XVIII^e siècle, l'édit des substitutions d'août 1747 régla en détail cette matière. L'hypothèque pouvait être exercée par la femme ou les enfants subsidiairement, à défaut d'autres biens, sur les biens substitués ; 1^o pour le capital et les intérêts de la dot (art. 44) ; 2^o pour le douaire coutumier ou préfix (art. 45) (4). Elle était refusée pour les

(1) Ce raisonnement n'était plus juste quand le grevé s'était remarié et que l'hypothèque exercée était celle de la deuxième femme. Dans ce cas la question était très controversée, avant l'édit de 1747, d'après Renusson, *loc. cit.*, n^o 47.

(2) Louet et Brodeau, D., 21. Exemple : l'appelé étant le frère du grevé, si la femme de ce dernier prenait son douaire sur les biens substitués, l'appelé ne les aurait jamais.

(3) Addition au texte de Renusson, *loc. cit.*, n^o 44. — L'hypothèque ne garantissait pas les autres conventions matrimoniales (Lamoignon, *Arrêts, Act. pers. et hyp.*, art. 75).

(4) L'hypothèque était aussi accordée pour l'augment de dot (art. 46), disposition qui concernait les pays de droit écrit.

autres conventions matrimoniales (préciput, récompenses pour aliénations de propres) même pour la restitution des bagues et bijoux (art. 48 et 49).

L'hypothèque était accordée pour ces droits sur les biens substitués dans tous les degrés en ligne directe (art. 52). Pour les substitutions en ligne collatérale, voici, semble-t-il, ce que voulait dire le texte assez obscur de l'article 53 : l'hypothèque portait sur les biens substitués quand les appelés étaient les enfants du grevé, pour le même motif que dans l'espèce de l'arrêt de 1607 ; mais, puisqu'il s'agissait d'une substitution en ligne collatérale, il fallait donc supposer qu'elle provenait par exemple du frère du grevé. Quand les appelés étaient d'autres personnes, si c'était notamment le frère du grevé, la femme de ce dernier ne pouvait, en principe, exercer son hypothèque subsidiaire sur les biens substitués, à moins que, dans l'acte constitutif, la substitution au profit de l'appelé n'eût été subordonnée à la condition que le grevé mourrait sans enfants. En laissait-il, la substitution était caduque. N'en laissait-il pas, la substitution s'ouvrait, sous réserve d'une action hypothécaire de la femme, car la condition insérée dans l'acte montrait que le mariage du grevé, et par suite l'exercice de l'hypothèque de sa femme, avaient été prévus.

En cas de remariage du grevé, l'hypothèque était également accordée à la deuxième épouse. Celle-ci ne pouvait toutefois l'exercer contre les enfants du premier lit, lorsque la substitution était faite à leur profit (art. 52).

Tous les ayants droits de la femme, y compris ses créanciers, pouvaient exercer en son nom ses droits et son hypothèque lorsqu'elle ne l'avait pas fait elle-même (art. 54).

Toutes ces dispositions, on le voit, conciliaient, dans la mesure du possible, l'intérêt des appelés à la substitution et celui de la femme ou de ses ayants droit.

§ 2. — Régime des conquêts de communauté.

Les immeubles de la communauté, les conquêts, étaient-ils soumis à l'hypothèque légale de la femme mariée ? Question fort débattue, au moins dans certains cas qui nécessitent une distinction.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE : *La femme renonçait à la communauté.* — Par là même elle en faisait abandon intégral au mari. Les immeubles qui y figuraient à la dissolution du mariage devenaient donc tout naturellement les propres du mari et l'hypothèque de la femme portait sur eux comme sur ses autres biens. Aucune difficulté sur ce point dans l'ancien droit. Cette solution s'imposait.

Mais le mari avait pu, au cours du mariage, aliéner des conquêts, et les aliéner seul valablement en sa qualité de maître des biens de la communauté. Il avait pu de même, toujours seul, les hypothéquer. La femme allait-elle pouvoir exercer son droit de suite contre les acquéreurs, allait-elle pouvoir, quand un ordre était ouvert sur le prix d'un conquêt aliéné pendant le mariage (1), se faire colloquer par préférence aux créanciers à l'aide de son hypothèque remontant au contrat ou à la célébration du mariage ? Oui, si son hypothèque avait grevé les conquêts au cours de l'union conjugale. Non, au cas contraire.

La question était difficile à résoudre. Il y avait de sérieux arguments pour refuser tout recours à la femme. Au cours de la communauté, elle avait été une associée. Or, l'hypothèque légale ne garantissait pas ses droits d'associée, mais seulement ses droits propres. Ces derniers droits, c'est à la

(1) Après le mariage, le conquêt non aliéné devenant un propre du mari, la femme était incontestablement préférable aux créanciers, grâce à la date de son hypothèque légale.

dissolution du mariage qu'il fallait se placer pour les apprécier. A ce moment, le conquêt revendu par le mari ne figurait pas dans la communauté. Il fallait le considérer comme n'ayant jamais été acquis (1). Que la femme eût hypothèque sur les immeubles restant, c'était fort juste, mais qu'elle l'eût sur des immeubles de la communauté aliénés valablement par le mari, rien ne pouvait justifier une pareille solution. C'eût été ne pas tenir compte de la communauté, ni des pouvoirs qu'avait eus le mari sur elle. La revente avait-elle causé un préjudice à la femme ? C'était en sa qualité de commune qu'elle l'avait éprouvé. D'un autre côté, c'étaient les biens du mari qui répondaient de la dot de la femme. Il était inconcevable d'y faire rentrer des immeubles qui avaient été aliénés à un moment où ils appartenaient en commun aux époux. Donc nulle matière au recours de l'hypothèque légale. En résumé, l'hypothèque légale ne pouvait porter sur les conquêts aliénés. Elle ne devait grever les conquêts que quand ils étaient devenus des immeubles du mari, c'est-à-dire à la dissolution du mariage, et s'ils figuraient dans la communauté à ce moment (2).

Cette manière de voir ne prévalut pas. Ces arguments ont été plus invoqués de nos jours que dans l'ancien droit (3). La majorité des auteurs (4) décidait que la femme renonçante pouvait assigner en déclaration d'hypothèque les ac-

(1) Renusson, *Communauté*, 2^e partie, chap. III, n^o 43.

(2) Lefebvre, *op. cit.*, p. 578, note 1.

(3) Cf. notamment la dissertation de M. Labbé dans Sirey, 1876.1. 241.

(4) Renusson, *Communauté*, 2^e partie, chap. III, n^{os} 42 à 44 ; Lebrun, *Communauté*, liv. III, chap. II, sect. 2, dist. 5, n^{es} 85 et suiv. ; Bourjon, *Droit commun de la France*, livre III, titre 10, *Communauté*, chap. II, sect. 10, n^o 136.

quéreurs des conquêts aliénés par le mari et qu'elle pouvait se faire colloquer sur de tels biens avant des tiers qui étaient devenus créanciers du mari pendant le mariage. Aussi bien ne voyaient-ils pas la portée de l'objection tirée du caractère d'associée de la femme pendant le mariage. Aveuglés par les principes romains qui avaient dénaturé notre Coutume primitive de communauté, et portés à dire *uxor non est propria socia*, ils oubliaient trop facilement l'ancienne tradition de la communauté des conquêts. Ils exagéraient l'idée que les biens communs étaient confondus avec ceux du mari au point de les considérer presque comme lui appartenant en propre, faisant ainsi abstraction de la communauté. Parlant de l'hypothèque des conquêts, voici toute la justification qu'en donne Renusson :

« La femme, dit-il, a hypothèque de ces différents chefs (1) « sur les biens du mari présents et futurs, et son hypothèque « est acquise du jour de son contrat de mariage ; si depuis « le contrat le mari acquiert des héritages, ils sont hypothé- « qués à la femme, elle a la faculté d'accepter la commu- « nauté ou d'y renoncer, et en y renonçant, elle est en « droit de poursuivre le paiement de ses deniers dotaux « et autres conventions sur tous les biens qui lui ont « été hypothéqués (2). » Il y a là une véritable pétition de principe. Que les conquêts de communauté soient hypothéqués au profit de la femme, c'est là le point douteux, et Renusson, sans s'en douter, le suppose démontré d'avance, preuve qu'il ne voyait pas le véritable aspect sous lequel se présentait la difficulté. Ce qu'il aurait pu dire de

(1) Deniers dotaux, douaire et autres conventions matrimoniales, dont il vient d'être question.

(2) Renusson, *loc. cit.*, n° 44. Dans l'espèce les biens avaient été aliénés pendant la communauté.

moins inexact, en développant la brève allusion qu'il fait à la renonciation, c'est que c'était précisément cette renonciation, qui permettait de faire abstraction de la communauté au point de vue de la femme, et de considérer rétroactivement le conquêt comme ayant été un propre grevé de l'hypothèque légale. Raisonnement outré à coup sûr, mais ayant au moins une certaine apparence de vérité.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE : *La femme acceptait la communauté.* — Il y avait lieu, dans ce cas, de procéder au partage des conquêts entre les époux ou leurs héritiers. La femme devenait et était censée avoir toujours été propriétaire de la moitié qu'elle prenait ; une hypothèque sur ces biens lui était donc inutile. Mais elle en avait une sur les conquêts mis au lot du mari comme garantie des créances qu'elle avait contre lui.

Que décider des conquêts aliénés, ou hypothéqués à des tiers ? Les avis étaient fort partagés. D'après les uns (1), la femme acceptante ne pouvait pas exercer son hypothèque sur ces conquêts. Les autres (2) lui reconnaissaient néanmoins ce droit.

A vrai dire, ce n'était qu'un désir immodéré de protection envers la femme qui pouvait faire admettre la deuxième opinion. Car rien ne la justifiait. S'il paraissait déjà difficile d'admettre l'hypothèque en cas de renonciation de la femme, précisément à cause de la communauté et du caractère d'associée qu'avait eu la femme pendant sa durée, caractère que la renonciation, quoi qu'on pût dire, ne parvenait guère à effacer, *a fortiori* fallait-il résolument repousser l'hypothèque en cas d'acceptation, puisqu'alors le caractère d'associée de la femme persistait par le fait même de l'acceptation. De nos jours, l'on écarte, dans cette hypothèse,

(1) Renusson, *Ibid.* (argument *a contrario*).

(2) Lebrun, *Communauté*, livre II, chap. III, sect. 3.

L'application de l'hypothèque légale, pour deux motifs : « 1° par son acceptation, la femme confirme et ratifie les « actes de gestion faits par son mari ; 2° elle se trouve tenue, « en qualité de commune en biens, de l'obligation de garan- « tie qui l'empêche d'évincer l'acquéreur (1) ». Deux raisons qui n'en font qu'une : c'est son caractère d'associée qui fait assumer à la femme les actes que son mari a accomplis pendant la communauté. Eh bien ! ne trouvons-nous pas dans l'ancien droit quelque raisonnement analogue ? Oui sans doute. C'est Pothier qui le fait : « *Une femme qui a accepté « la communauté, étant censée avoir fait en sa qualité de « commune tout ce que son mari a fait durant la commu- « nauté, le mari ayant, durant la communauté, en sa qua- « lité de chef de la communauté, hypothéqué à ses créan- « ciers tous les conquêts de la communauté, sa femme est « censée, en sa qualité de commune, les avoir elle même « hypothéqués pour la part qu'elle y auroit par le partage « de la communauté »* » (2). Il paraît clairement résulter de ce passage que, d'après Pothier, la femme acceptante, étant réputée avoir elle-même personnellement vendu ou hypothéqué les conquêts de communauté, ne pouvait exercer sur eux son hypothèque. C'est la conclusion qu'en avait tirée Toullier. Mais M. Bertauld (3) a cru trouver dans un autre passage de Pothier, que nous reproduisons en note (4),

(1) Planiol, *Traité de droit civil*, t. II, n° 2826 (3° éd.).

(2) Pothier, *Communauté*, n° 752.

(3) *De l'hypothèque légale sur les conquêts de communauté*, p. 31 et suiv.

(4) N° 756 : « Sur la demande qu'un créancier hypothécaire a « donnée contre la femme comme détentrice des conquêts qui lui sont « hypothéqués, la femme doit les lui délaisser. Si la femme avait ac- « quitté auparavant des dettes dont l'hypothèque fût préférable à celle « du demandeur, quand même en les acquittant elle n'auroit pas eu

un argument en faveur de l'hypothèque de la femme acceptante sur les conquêts. D'après lui, la doctrine de Pothier, contenue aux numéros 756 et 757, est la suivante : « L'associé qui a une hypothèque sur les immeubles sociaux, ne perd pas cette hypothèque parce que le gérant de l'association, agissant dans les limites de son mandat, a ultérieurement affecté les mêmes immeubles à des tiers. » Nous ne sommes pas certain que telle soit la pensée de Pothier.

Il n'est pas exact d'abord de considérer la femme comme un associé qui a une hypothèque sur les immeubles sociaux. La femme, nous l'avons maintes fois observé, dans l'exercice de son hypothèque légale, n'agit pas comme associée, mais comme créancière de son mari. Ce ne sont pas ses droits de commune en biens, mais ses droits propres que l'hypothèque garantit. Il y a dans la femme mariée sous le régime de communauté, deux personnalités bien distinctes : l'associée, d'une part, la créancière, de l'autre, et la première gêne souvent la seconde dans l'exercice de ses droits. En cas d'acceptation, combien le fonctionnement de

« la précaution de s'y faire subroger, le demandeur seroit obligé de lui en faire raison ; car la femme en ce cas a rendu meilleure la condition du demandeur ; elle a bonifié l'hypothèque du demandeur en acquittant des hypothèques préférables à la sienne : *meliores ejus pignoris causam fecit*.

« Néanmoins c'est une précaution sage, lorsque la femme paye quelque créancier hypothécaire, de requérir la subrogation pour éviter toute contestation.

N° 757 : « Le demandeur doit faire raison à la femme, non seulement de ce qu'elle a payé à des tiers dont l'hypothèque était antérieure à celle du demandeur ; il doit pareillement lui faire raison de ce qu'elle s'est payée à elle-même pour ses créances contre la communauté, pour lesquelles elle a hypothèque du jour de son contrat de mariage, antérieure à celle du demandeur. »

l'hypothèque légale n'est-il pas restreint ! La femme renonce-t-elle ? Immédiatement toutes sortes de stipulations supposant la renonciation reçoivent leur effet avec la garantie de l'hypothèque. Donc, si le fait d'être associée constitue déjà une entrave à l'exercice de l'hypothèque légale vis-à-vis du mari, comment n'en serait-il pas une à l'égard d'un tiers envers lequel, par son acceptation même, la femme se trouve tenue des mêmes obligations que son mari ? Du reste, Pothier ne le dit-il pas au début du passage même que M. Bertauld invoque pourtant à l'appui de sa thèse : « Sur la demande qu'un créancier hypothécaire a donnée contre la femme comme détentrice des conquêts qui lui sont hypothéqués, la femme doit les lui délaisser. » C'est de la suite du texte que M. Bertauld tire l'explication qu'il donne. Examinons-la et voyons si elle paraît fondée.

Que le créancier doive tenir compte à la femme de ce qu'elle a payé un créancier antérieur au demandeur, à cela rien à dire. Comme le dit justement Pothier, elle a rendu meilleure la condition du demandeur.

Mais il y a antinomie entre le fait d'obliger la femme à délaisser le conquêt au créancier, et celui d'obliger ce même créancier « à lui faire raison de ce qu'elle s'est payée à elle-même pour ses créances contre la communauté » à l'aide d'une hypothèque datant du contrat et antérieure à celle du demandeur. Si elle a une hypothèque préférable à celle du demandeur, pourquoi est-elle obligée de délaisser ?

Pourquoi l'est-elle encore quand elle s'est fait subroger dans les droits du créancier, préférable également au demandeur, qu'elle a désintéressé ?

En réalité l'obligation de délaisser ne peut s'expliquer que d'une façon. Si la femme doit agir ainsi, c'est qu'elle ne peut se prévaloir à l'encontre du créancier de son hypo-

thèque. Elle ne le peut, par la raison qu'en donne Pothier dans le premier passage (n° 752), « elle est censée, en sa qualité de commune, avoir hypothéqué elle-même le conquêt ».

Nous ne voyons pas le moyen de concilier autrement ces deux passages, conciliation relative du reste, puisqu'il faut admettre, de la part de Pothier, dans la deuxième partie du n° 757, une erreur ou une confusion : la femme ne pouvant se prévaloir de son hypothèque envers le créancier, celui-ci n'a pas « à lui faire raison », à la désintéresser. Mais dans l'explication de M. Bertauld, c'est tout le n° 752 qui devient incompréhensible (1).

En réalité, la suite logique de tout le raisonnement de Pothier doit conduire à admettre que la femme n'avait pas, en cas d'acceptation, d'hypothèque légale sur les conquêts vendus ou hypothéqués à des tiers.

(1) M. Bertauld se borne à dire que les expressions de Pothier dans ce passage sont impropres.

CHAPITRE III

LES CRÉANCES GARANTIES ET LEUR ORDRE DE PRÉFÉRENCE.

SECTION I. — **Énumération des créances de la femme et leur ordre de préférence.**

§ 1^{er}. — **Énumération des créances.**

I

Toutes les créances, sans exception, que la femme pouvait avoir contre son mari à la dissolution du mariage étaient garanties par l'hypothèque légale. Les énumérer serait donc fort long et sans intérêt. L'important, c'est de connaître les principales, et celles-là nous les avons déjà examinées au cours des chapitres du titre précédent.

Nous n'aurons ici qu'à les réunir en une sorte de liste qui nous permettra de mieux nous rendre compte de l'ensemble des droits qu'avait normalement une femme à la dissolution du mariage. Nous donnerons de plus deux ou trois exemples de créances, extraordinaires en quelque sorte, que la femme se trouvait parfois avoir à exercer contre la succession de son mari.

II

La femme était, en premier lieu, créancière pour la restitution de sa dot. Dans quelles conditions, nous l'avons

suffisamment expliqué pour qu'il soit inutile d'y revenir. Rappelons seulement qu'il était fréquent de stipuler propre une partie des deniers dotaux de la femme, de stipuler la reprise de l'apport en communauté en cas de renonciation, deux clauses dont la première rendait le mari débiteur dans tous les cas, et la deuxième seulement au cas de renonciation. Une troisième était le forfait de communauté convenu au profit de la femme qui, dès lors, sans se préoccuper de l'état de la communauté, celle-ci fût-elle très pauvre, n'avait qu'à réclamer au mari le montant forfaitaire de la somme convenue.

A la dot primitive s'ajoutaient les biens reçus pendant le mariage par donation ou succession et exclus de la communauté, soit par la volonté du donateur ou testateur, soit par la stipulation, faite par la femme, que tout ce qui lui adviendrait en cours de mariage serait propre.

La femme avait droit aux intérêts de la dot à partir de la dissolution de la communauté.

La femme avait aussi à poursuivre le paiement des indemnités ou récompenses qui lui étaient dues toutes les fois que ses propres avaient souffert au profit de la communauté ou du mari (défaut de emploi de propres aliénés), à la place de la communauté ou du mari (dettes de la femme antérieures au mariage et tombées en communauté, dettes contractées conjointement ou solidairement avec le mari), par la faute du mari (détérioration des propres de la femme provenant d'une faute de gestion), etc.

D'autres créances résultaient pour la femme des avantages que lui avait consentis son mari dans le contrat de mariage : donations, préciput convenu au cas de renonciation, etc...

La femme avait à se faire fournir son deuil par les héritiers du mari.

N'oublions pas, c'était une des plus importantes, la créance du douaire. La femme avait droit aux arrérages, le fonds étant réservé aux enfants.

La séparation de biens avait-elle été prononcée ? En attendant l'ouverture du douaire, le mari devait fournir à la femme une provision alimentaire (1).

Telle était à peu près la liste des créances ordinaires de la femme.

III

Il se pouvait fort bien que la femme eût contre le mari d'autres créances que celles que nous venons d'indiquer. En dehors des cas précédents, diverses circonstances rendaient parfois le mari débiteur à son égard. En voici des exemples :

Des deniers réservés propres par la femme ou le prix de ses propres aliénés avaient servi à acquitter des dettes du mari. Celui-ci devait naturellement restituer ces sommes à la femme. Celle-ci avait l'hypothèque légale à l'appui de sa créance (2).

Autre hypothèse plus compliquée : le mari se trouvait devoir avant le mariage à sa future épouse une certaine somme d'argent (3). C'était une dette mobilière qu'une clause de séparation de dettes avait empêchée d'entrer en communauté. Quant à la femme, sa créance n'était pas entrée non plus en communauté, grâce à une clause de réalisation (4). Elle pouvait donc l'exercer contre le mari à la dissolution

(1) Lamoignon, *Arrêts, act. pers. et hyp.*, art. 68.

(2) Pothier, *Communauté*, n° 676.

(3) Ou bien la femme avait succédé à un créancier du mari.

(4) L'hypothèse était la même quand la femme succédait au créancier du mari, à condition, bien entendu que les deux clauses eussent été stipulées.

du mariage, avec son hypothèque comme garantie, bien que cette créance eût été primitivement purement chirographaire (1).

§ 2. — L'ordre de préférence.

Non seulement toutes ces créances de la femme contre le mari étaient garanties par l'hypothèque légale, mais elles l'étaient toutes à une même date (2) : le jour du contrat de mariage ou, en l'absence de contrat, celui de la célébration du mariage (3). D'autre part, si l'ordre de dates actuellement organisé par l'article 2135 du Code civil n'existait pas, il existait, d'après la jurisprudence du Parlement de Paris, un ordre de préférence entre les diverses créances de la femme garanties par cette hypothèque de date constante (4).

Le voici sommairement : 1° la dot ; 2° le douaire ; 3° le remploi des propres ; 4° Le préciput et les autres avantages matrimoniaux ; 5° l'indemnité des dettes (5).

(1) Pothier, *Communauté*, n° 678 : « La femme a pour cette créance, » dit-il, hypothèque sur les biens de son mari du jour de son contrat « de mariage, ou s'il n'y en a pas eu, du jour de la célébration du « mariage, car cette créance fait partie de la dot de la femme. Le « mari, en se mariant, a contracté l'obligation d'exiger de lui-même « le montant de cette créance, et de le rendre à la femme avec le « surplus de la dot. » Ces expressions nous ont paru curieuses à rapporter.

(2) Sauf les très légères restrictions signalées p. 113 et suiv.

(3) Lamoignon, *Arrêtés, act. pers. et hyp.*, art. 61 et 63. — Les *Rapports* (p. 290 *in fine* et 291) critiquaient cette faveur accordée à l'hypothèque du remploi et de l'indemnité.

(4) Cet ordre avait été établi pour les principales créances, celles qui étaient exercées habituellement. Pour les autres, c'étaient des questions d'espèce. C'est ainsi que Lamoignon, *Arrêtés, Act. pers. et hyp.*, art. 68 donne à la femme séparée de biens, pour sa provision alimentaire, hypothèque au même rang que pour son douaire.

(5) Lamoignon, *Arrêtés, Act. pers. et hyp.*, art. 66 de l'édit. de 1783. Pothier, *De l'hypothèque*, n° 135.

Nous avons mis l'indemnité des dettes en dernier lieu parce que ce fut la place que lui assigna la jurisprudence du xviii^e siècle. Mais au xvii^e la question était indécise. En général l'on faisait passer l'indemnité avant le préciput et les autres avantages matrimoniaux (1). Nous aurons du reste l'occasion de revenir sur ce revirement. Il nous faut pour l'instant rechercher, d'après la doctrine et la jurisprudence du Parlement, quels intérêts pratiques présentait un ordre de préférence ainsi établi, quelles étaient les raisons de ce classement et quels motifs faisaient préférer une créance à une autre.

Pour mieux comprendre les questions délicates qui vont être traitées, il est indispensable d'avoir sous les yeux un ordre de préférence plus complet que le précédent, dont il n'est du reste qu'une amplification. Il a l'avantage de nous faire connaître les solutions de la jurisprudence dans la deuxième partie du xvii^e siècle. Rousseaud de Lacombe nous le rapporte en ces termes . « Il a été arrêté aux mercuriales du Parlement en l'année 1664 que la femme seroit
« colloquée : 1^o pour ses deniers dotaux ; 2^o pour ses effets
« mobiliers à elle échus par succession, donation ou autrement, lorsqu'il y a clause par le contrat de mariage que
« ce qui lui échera par succession, donation ou autrement
« lui sera propre ; 3^o pour ce qu'elle a mis dans la communauté dont elle a stipulé la reprise en cas de renon-
« ciation à la communauté, d'autant que ce qu'elle doit
« reprendre en cas de renonciation à la communauté est
« censé de même nature que ses deniers dotaux ; 4^o pour

(1) Les rapports de Lamoignon, *Hypothèques*, p. 289, la mettent au dernier rang. Les arrêtés, act. pers. et hyp. (art. 64 de l'édition de 1702) la préfèrent au préciput. Il en est de même du texte de Rousseaud de Lacombe ci-après cité.

« le emploi des aliénations forcées ; 5° elle est colloquée
 « pour les arrérages du douaire ; 6° les enfants douairiers
 « sont colloquez pour le fonds du douaire, dont ils sont pro-
 « priétaires ; 7° la femme est colloquée pour le emploi des
 « aliénations volontaires ; 8° elle est colloquée pour l'in-
 « demnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari
 « pendant le mariage ; 9° elle est colloquée pour le préci-
 « put ou dons que le mari lui aurait faits (1). »

SECTION II. — Justification de l'ordre de préférence en
 doctrine et en jurisprudence.

§ 1^{er}. — Intérêts de l'ordre de préférence.

Nous venons de voir dans quel ordre étaient rangées les créances de la femme. Mais avant d'examiner les difficultés auxquelles donna lieu l'établissement de cette liste, il est une question préalable à résoudre. A quoi servait cet ordre, établi pour des droits venant à la même date et invoqués au profit d'un même créancier, quels en étaient, autrement dit, les intérêts ?

Ils étaient nombreux et fort importants. Nous allons énumérer les principaux :

Dans les Coutumes, comme celles de Paris et d'Orléans, qui admettaient le douaire des enfants, il était utile à ces

(1) Louet et Brodeau, D. 40, *Nouvelles remarques de Rousseaud de Lacombe* (p. 534, col. 1). Renusson (*Traité des propres*, chap. IV, sect. 10, n° 20) nous donne un classement identique, mais sa formule pour la dernière collocation est préférable, étant plus précise que celle de de Lacombe : « En dernier lieu, dit-il, le préciput, dons et « avantages que le mari aurait faits par le contrat de mariage à sa « femme. » — Cf. aussi Pothier, *Traité du douaire*, 2^e partie, chap. III, article 3, qui renvoie à un arrêt du 30 août 1661 et à un acte de notoriété dressé le 14 avril 1676 au Châtelet de Paris.

derniers de se faire colloquer au second rang pour le fonds du douaire.

Dans les autres Coutumes, ou dans les précédentes, en faisant abstraction des enfants, l'importance de l'ordre de préférence n'en subsistait pas moins.

Le principe général est nettement formulé par Lamoignon : « La préférence de la dot au douaire et aux autres « conventions, a lieu non seulement en la personne de la « femme, mais aussi de ceux qui ont cession de ses droits, « créanciers, cautions, héritiers institués ou légataires, en- « core que ce soit autres que les enfants (1). » Nous allons, à titre d'exemple, faire quelques applications de ce principe.

Reportons-nous à ce que nous avons dit des stipulations de propres aux différents degrés (2). Un simple examen des hypothèses que nous y avons envisagées montrera que ceux à qui revenaient les biens stipulés propres pouvaient être différents de ceux qui recueillaient les autres droits de la femme. De même pour les stipulations d'emploi qui, à défaut d'emploi, se ramenaient à des stipulations de propres (3). De même pour le cas du retour visé par les arrêtés de Lamoignon (4). De même encore pour la reprise d'apport convenue par exemple au profit de collatéraux (5). D'autre part, divers cessionnaires pouvaient exercer les droits de la

(1) Lamoignon, *Arrêtés, Act. pers. et hyp.*, art. 68 (édit. de 1783). Le texte de l'édition de 1702 (art. 66) est moins complet.

(2) Ci-dessus, p. 62 et 63.

(3) Ci-dessus, p. 65 et s.

(4) Art. 69 (édit. de 1783) : « Ceux qui ont baillé la dot auront, en cas de retour, la même préférence que la femme. »

(5) Un enfant décédant saisi de ses droits dans la succession de sa mère dont il est seul héritier, la reprise d'apport est exercée par les collatéraux, tandis que les autres droits de la femme le sont par le père qui hérite de son fils. — Cf. ci-dessus, p. 68 et 69, et Pothier, *Communauté*, n° 395.

femme. De telles cessions étaient fréquentes, la femme les faisait le plus souvent par testament (1); à elles seules, elles montraient l'utilité de l'ordre de préférence, plusieurs personnes pouvant faire valoir concurremment, avec hypothèque de même date, des créances spéciales cédées à chacun d'eux. N'y eût-il pas eu cession ? Il restait à tous les créanciers hypothécaires de la femme la faculté de se faire colloquer en sous-ordre sur le montant des droits et reprises de la femme obtenus grâce à son hypothèque légale (2). Nous reviendrons plus loin sur le sous-ordre ; il nous suffira actuellement de savoir qu'il se produisait de plein droit quand la femme s'était obligée envers divers créanciers pour que l'ordre de préférence prenne à nos yeux une importance nouvelle (3). Pour comprendre, d'autre part, à quels litiges il donnait lieu dans la pratique, hâtons-nous de dire que les créanciers ne manquaient pas, quand s'ouvraient les droits de la femme, d'exercer ses actions. Il en était ainsi à la dissolution de la communauté proprement dite déterminée par la mort ou la séparation de biens, et dans des cas où l'on disait qu'il s'opérait une sorte de dissolution de communauté à l'égard des créanciers, notamment lorsque les époux leur avaient fait cession de biens (4) ou quand les biens du mari étaient saisis (5). Les créanciers deman-

(1) Lebrun nous dit notamment que la femme pouvait disposer par testament de l'action de remploi (*Communauté*, liv. I, ch. V, dist. 3, n° 8).

(2) Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. III, tit. XI. De l'ordre des créanciers qui ont la femme pour obligée tant sur les biens de la femme que sur ceux du mari.

(3) Cf. Lamoignon, *Arrêtés, Act. pers. et hyp.*, art. 72 (édit. de 1783) ; Pothier, *Communauté*, n° 766.

(4) Renusson, *Propres*, ch. IV, sect. IX, n° 21.

(5) *Ibid.*, n° 15.

daient la collocation de la femme par hypothèque du jour du contrat de mariage pour la dot stipulée propre ou pour la reprise d'apport (en ayant soin alors de renoncer à la communauté au nom de la femme), et primaient ainsi le douaire des enfants : sur le montant de la collocation ainsi obtenue ils se faisaient alors colloquer en sous ordre. Il y avait toutefois des restrictions à l'exercice des actions de la femme par ses créanciers, quand il s'agissait de droits personnels à elle ou à ses héritiers. C'est ainsi que les créanciers de la femme ne pouvaient de son chef demander la séparation de biens afin de renoncer à la communauté et reprendre ce qu'elle y avait apporté (1). Autre espèce : une femme mariée meurt. Un tiers de la dot avait été stipulé propre, les deux autres tiers tombant en communauté avec faculté de reprise pour la femme et ses enfants. Ces derniers, héritiers bénéficiaires de leur mère, cèdent ses biens à ses créanciers, puis renoncent à son hérédité pour s'en tenir à leur douaire préfix. Les créanciers auraient intérêt à reprendre les deux tiers tombés en communauté en exerçant la clause de reprise. Ils obtiendraient ainsi la collocation par hypothèque avant les enfants pour leur douaire. Le pourront-ils ? Oui, si le droit de reprendre dépend de l'hérédité de la femme. Non, s'il était absolument personnel à la femme et aux enfants. Il y avait là un cas douteux. Renusson nous apprend que la négative fut adoptée par un arrêt du 19 août 1676 (2). Par contre Pothier se prononce résolument pour l'affirmative (3).

L'intérêt de l'ordre de préférence pouvait même se manifester en l'absence d'autres créanciers que la femme, mais

(1) Renusson, *loc cit.*, nos 13 et 14.

(2) *Ibid.*, nos 16 à 18.

(3) *Communauté*, n° 396.

c'est une hypothèse très spéciale dont il est préférable de rejeter l'examen au moment où nous relaterons quelques curieuses espèces de jurisprudence.

L'utilité de l'ordre de préférence étant établie, il reste à exposer les controverses qui s'élevèrent à propos du classement des diverses créances de la femme et à citer les arrêts qui contribuèrent à le dresser.

§ 2. — Discussions relatives à l'ordre de préférence
en doctrine et en jurisprudence.

A. — *Préférence de la dot au douaire.*

Plusieurs auteurs, sans pousser du reste très loin cette idée, plaçaient parmi les raisons qui faisaient préférer la dot au douaire celle-ci, que dans les contrats de mariage la constitution de dot précédait ordinairement celle du douaire. D'après eux, l'ordre de l'écriture aurait influé sur l'ordre de préférence (1).

Ils étaient conduits par là-même à rechercher quelle conséquence pouvait avoir dans un contrat l'interversion de ces deux clauses, celle concernant le douaire étant mentionnée avant celle relative à la dot. Louet notamment, traitant cette question (2), encore qu'il estimât en principe la dot préférable au douaire, jugeait que s'il était parlé dans un contrat du douaire avant la dot, il fallait le placer au même rang que la dot. Mais cette conséquence ne fut pas admise. Comme le fait justement remarquer Renusson, l'ordre de l'écriture n'est que le fait du rédacteur du contrat, et il convient de n'y attacher aucune importance (3).

(1) Brodeau sur Louet, D., 40, n° 3.

(2) Louet, D., 40.

(3) Renusson, *Propres*, ch. IV, sect. X, n° 4 ; Lamoignon, *Arrêtés, Act. pers. et hyp.*, art. 64 (1702) et 66 (1783), dit formellement que

La jurisprudence ne s'occupa guère, semble-t-il (1), de la difficulté qui avait été ainsi soulevée, et nous ne l'avons signalée qu'à titre documentaire.

C'étaient des raisons de fond qu'il fallait invoquer dans cette matière, et au cours des controverses qui s'élevèrent à son sujet, il en fut donné de sérieuses aussi bien en faveur du douaire qu'en faveur de la dot. Il y avait là en effet de gros intérêts en antagonisme, car la question se posait non seulement lorsqu'il y avait litige entre la femme et les enfants douairiers, mais aussi lorsque les parties en cause étaient d'une part les enfants (ou leurs créanciers), d'autre part les créanciers de la femme qui exerçaient ses droits et se faisaient à sa place colloquer en sous-ordre pour la restitution de la dot (2). De telles contestations, nous dit Renusson, étaient très fréquentes (3).

Des deux côtés l'on invoquait force textes du droit de Justinien, et il suffit de parcourir les dissertations de Brodeau (4) pour comprendre quelle influence énorme exerça cette législation sur notre institution d'hypothèque légale.

Le but du mariage, disaient les partisans du douaire, est la procréation des enfants et la conservation de leurs droits. La Coutume leur accorde le fonds du douaire qui est leur propre, une sorte de légitime destinée à les sauver du besoin, et que les époux ne peuvent vendre ni hypothéquer durant le mariage. « Si la dot précédait le douaire, la « femme apportant une grande et ample dot, elle absorbe-

l'ordre de l'écriture, dans un même contrat, ne donne aucune priorité pour l'hypothèque.

(1) Voir cependant ci-dessous l'arrêt du 8 janvier 1611, cité p. 165.

(2) Pothier, *Hypothèque*, n° 157.

(3) *Propres*, ch. IV, sect. X, n° 2.

(4) Sur Louet, D., 40.

« rait tous les biens de son mari dont elle pourrait avantager un second à la ruine de ses enfants (1) ».

Raisonnement vicieux, répliquaient leurs adversaires. Que le douaire tienne lieu de légitime aux enfants, c'est possible, mais ils ne peuvent l'avoir que *deducto ære alieno*, c'est-à-dire de la dot, qui, de toutes les dettes du mari, « est la plus favorable et la plus privilégiée » (2). En effet, la dot est la convention première que les parties ont eue en vue en contractant. En la recevant, le mari s'oblige à la conserver et à la restituer. C'est la première des obligations qu'il assume, la femme est véritablement créancière, tandis que les enfants ne le sont pas. Le douaire est pour eux un simple gain, un avantage que leur consent la Coutume et qui provenait à l'origine de la pure libéralité de l'époux. La dot est de l'essence du mariage, le douaire n'en est qu'une suite. « Le mari, lors du contrat de mariage, « regarde autant et plus le bien et l'utilité de sa femme que « des enfants qui doivent naître de leur mariage, auxquels « il ne peut laisser aucune part ni portion de ses biens « qu'il n'ait rendu à la femme ce qu'elle lui a apporté en « dot (3). » En résumé, nous dit Renusson (4) « la dot précède le douaire *ordine naturæ* ; la dot est une des causes du mariage, elle est première que le douaire dans l'intention des contractants ; le douaire n'est qu'un effet du mariage, il n'est que dans l'exécution du mariage ; on « pense à la dot et au mariage auparavant que de penser « au douaire et aux enfants, la cause précède l'effet *ordine naturæ* » (5).

(1) Brodeau sur Louet, *loc. cit.*, p. 529.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*

(4) *Propres*, ch. IV, sect. X, n° 2. — Cf. aussi Pothier, *Hypothèque*, n° 156.

(5) Citons pour terminer un passage topique de Brodeau : « Cette

Ces raisons l'emportèrent en jurisprudence, et la préférence de la dot sur le douaire fut établie par maints arrêts [7 août 1554, 8 janvier 1620 (2^e chambre des Enquêtes), 7 septembre 1620 (deux arrêts, l'un de la Grand'chambre, l'autre de la chambre de l'Edit), 27 mars 1622 (1^{re} chambre des Enquêtes) (1), 13 décembre 1624, 6 avril 1632 (2^e des Enquêtes) (2), 30 août 1661 (3)]. Il y avait bien eu un arrêt contraire du 18 février 1614 accordant la préférence au douaire, mais il était, nous apprend Brodeau (4), « fondé
« sur les circonstances particulières du fait, et notamment

« préférence, écrit-il, est fondée... sur l'ordre de la nature, les enfants doivent l'être et la naissance à leurs père et mère, et ont une
« obligation plus particulière à la mère qu'au père : *propter partus periculum, non essent liberi, nisi genuissent eos parentes*, dit Sénèque, et
« encore sur l'ordre de la charité, le premier degré de laquelle est
« pour nous-mêmes, le second pour nos enfants : c'est pourquoi la loi
« dit fort à propos que *plerumque nobis, et heredibus nostris cavemus* ;
« en premier lieu pour nous, et en second lieu pour nos héritiers :
« donc quand par le contrat de mariage, la femme stipule le douaire,
« lequel après son décès doit être propre à ses enfants, ce n'est pas
« pour préjudicier à sa dot, qui est son propre, et pour donner la pré-
« férence à ses enfans ; *autrement les ruisseaux passeraient par-des-*
« *sus leur source, et les branches par-dessous la racine des arbres*. Et
« s'il est loisible d'argumenter de la *donatio propter nupt.* au douaire,
« il y a un texte singulier et décisif de cette question en la loi *Assi-*
« *duis*, § *hæc autem C. qui potio. in pigno.* en ces termes : *Hæc autem*
« *tantum, ad dotem, non ad ante nuptias donatorem, quam suo tempore*
« *servire disponimus, et habere inter creditores sui temporis ordinem. Non*
« *enim pro lucro foremus mulieres, sed ne damnum patiantur, suisque*
« *rebus ne defraudentur, curamus.* » L'énergie de la conviction de Brodeau et son style imagé nous ont paru devoir être signalés.

(1) Arrêt célèbre ; nous en exposerons plus loin l'espèce en détail.

(2) Tous ces arrêts sont rapportés par Brodeau sur Louet, *loc. cit.*, n° 3.

(3) Cité par Renusson, *Propres*, IV, 10, n° 3.

(4) *Loc. cit.*

« sur ce qu'il y avait de grandes et violentes présomptions
« que les deniers dotaux n'avaient pas été payez. » Au surplus demeura-t-il isolé.

Reste à déterminer ce qui devait rentrer dans la dot, ainsi préférée au douaire. C'étaient naturellement les deniers stipulés propres. C'était aussi l'apport en communauté dont la reprise avait été stipulée au cas de renonciation. Un léger doute pouvait provenir de ce qu'en principe la femme ne jouit d'aucun privilège pour ce qu'elle a mis dans la masse commune. Mais après renonciation, cette clause spéciale assimilait ces biens à ceux qui avaient été réservés propres, et conférait la même préférence à leur reprise. N'était-ce pas le cas d'appliquer l'adage « en pays coutumier tous les biens de la femme sont dotaux ? » (1)

Il fallait également faire rentrer dans la dot les biens échus à la femme pendant le mariage par successions ou donations, et réservés propres, soit par contrat de mariage, soit par la volonté du donateur. Brodeau (2) estimait que la reprise de ces biens ne devait pas primer celle du douaire. La créance de la femme, disait-il, ne prend naissance que quand le mari reçoit ces sommes, c'est-à-dire à l'époque des successions ou donations (3). C'est donc une fiction de faire remonter l'hypothèque au jour du contrat de mariage. Il n'en est pas ainsi pour l'hypothèque du douaire. Néanmoins son avis ne prévalut pas, car Renusson nous apprend qu'en 1661 eut lieu une consultation célèbre sur le point en question : dix-sept anciens avocats y figurèrent et furent tous d'accord pour donner aux biens

(1) Pothier, *De l'hypothèque*, n° 159.

(2) *Loc. cit.*, n° 5, p. 531.

(3) C'est pourquoi les auteurs du Code civil n'ont pas fait remonter l'hypothèque légale au jour du mariage.

recueillis au cours du mariage la même préférence sur le douaire qu'à la dot reçue au moment du mariage (1). Sans doute jugeaient-ils, comme Pothier (2), que le mari étant administrateur des biens présents et à venir de sa femme, s'était engagé, dès le jour du contrat de mariage, à lui restituer les uns et les autres, à l'instar du tuteur, contre lequel le mineur avait une hypothèque de date unique, le début de la tutelle, pour toutes ses créances, [même pour celles qui n'existaient pas alors.

Enfin les intérêts de la dot venaient au même rang que le capital (3).

B. — *Préférence du douaire aux autres conventions matrimoniales, exception faite du remploi des aliénations forcées, qui rentre dans la dot.*

La créance du douaire était colloquée avant celles qui résultaient des autres conventions matrimoniales, notamment avant celles pour défaut de remploi des propres de la femme ou pour indemnité des dettes auxquelles elle avait parlé. Comme en matière de successions ou donations

(1) Renusson, *loc. cit.*, n° 5 *in fine*. Il est à noter que le classement de R. de Lacombe est extrait des mercuriales du Parlement de Paris, de l'année 1661 précisément. Remarquons aussi que Lamoignon avait adopté la même opinion que Brodeau. Dans ses *Arrêtés, act. pers. et hyp.*, art. 67, il place ce qui advient à la femme pendant le mariage au même rang que le remploi des propres. Par contre, un arrêt célèbre du 5 avril 1677 (arrêt Galard) sur lequel nous reviendrons, donna la même solution que la consultation de 1661. De même un arrêt rendu par le Grand Conseil le 7 septembre 1678 (rapporté par Renusson, *Propres*, chap. IV, sect. X, n° 7).

(2) *De l'hypothèque*, n° 160, al. 3.

(3) Bourjon, *Droit commun de la France*, L. III, tit. X, *Communauté*, 7^e partie, chap. II, sect. 9, dist. 3, n° 121. Nous ne parlons pas maintenant du remploi des aliénations forcées qui rentrait aussi dans la dot préférable au douaire.

échues à la femme pendant le mariage, ce n'était que par une fiction que l'hypothèque prenait rang du jour du contrat de mariage ou du mariage, la vente des propres ou l'obligation aux dettes ayant lieu au cours du mariage. Le droit de douaire qui existait dès le début du mariage devait donc être préféré. Si contre la logique, et après avoir hésité, on s'était décidé à le placer après la créance des successions et donations, on ne pouvait agir de même dans l'hypothèse présente : ç'eût été multiplier des inconvénients qui n'existaient pas au cas précédent. L'aliénation des propres de la femme, son obligation aux dettes du mari ne se produisent qu'avec son consentement. Elle sera portée à le donner, si les reprises qu'elle doit exercer à la dissolution de la communauté passent avant le douaire des enfants. Ceux-ci seront frustrés. Solution inadmissible, car il ne peut dépendre de la femme de porter ainsi atteinte aux droits de ses enfants, droits que leur accorde la Coutume et qu'elle entend, grâce aux prohibitions de l'article 249, faire respecter par les parents (1).

La préférence du douaire aux autres conventions fut jugée par l'arrêt du 27 mars 1622 précité et par un autre du 26 janvier 1647 (chambre de l'Edit) (2).

Cette préférence subsiste même si le contrat de mariage ne mentionne pas le douaire, tandis qu'il y est question par

(1) Renusson, *Propres*, ch. IV, sect. X, n° 10. Brodeau disait aussi (sur Louet, D. 40, n° 4) : « Le douaire des enfans doit être préféré au remploi et à l'indemnité de leur mère. Autrement il seroit au pouvoir de toutes les mères de priver les enfans de leur douaire sur les biens du père, en consentant la vente de leurs propres ou s'obligeant pour leurs maris. » Même en supposant la femme de bonne foi, il n'en reste pas moins qu'en donnant son consentement elle commet une faute dont les enfans ne doivent pas pâtir.

(2) Brodeau sur Louet, D. 40, n° 5.

exemple du remploi. Peu importe : le douaire et le remploi résultent tous deux de plein droit de la Coutume, sans qu'il soit besoin de les stipuler. Ce n'est donc pas le contrat, mais l'intérêt des enfants que considère la jurisprudence pour donner le premier rang au douaire. Les enfants tiennent leur droit de la loi. Ils ne peuvent donc en être privés indirectement par un contrat parlant du remploi, et non du douaire. Il y aurait là violation de l'article 249 de la Coutume (1).

Au principe que le douaire primait le remploi il fallait apporter une grosse exception. C'était, nous l'avons vu, pour empêcher la femme de porter atteinte aux droits de ses enfants que le remploi ne passait qu'après le douaire. Or, ce motif n'était vrai que pour les aliénations de propres auxquelles elle avait consenti (par exemple la vente d'un de ses immeubles par son mari). Il en était d'autres que la femme était obligée de subir. Avait-elle quelque rente propre ? Elle était exposée à se la voir racheter par le débiteur (2). Cette éventualité se produisant, et le remploi n'étant pas fait par le mari, la reprise du capital tombé en

(1) Renusson, *Propres*, ch.IV, sect. X, n° 11. La faveur du douaire était si grande qu'un arrêt de la 4^e chambre des Enquêtes, dont la date ne nous est pas rapportée, jugea que lorsque le contrat laissait à la femme le choix entre le douaire préfix et le douaire coutumier, l'option de la femme pour le premier n'empêchait pas les enfants d'opter pour le second s'ils le trouvaient plus avantageux. Allant plus loin, Renusson penchait même à admettre que les enfants pourraient encore demander le douaire coutumier, si le contrat avait, sans laisser d'option à la femme, stipulé le douaire préfix. L'article 241 interdisait bien dans ce cas à la femme de réclamer le coutumier, mais, ne parlant pas des enfants, il ne semblait pas devoir leur être appliqué (*Propres, loc. cit.*, n°s 12 et 13).

(2) Au xvi^e siècle les rentes constituées, qui conservaient le caractère immobilier, étaient rachetables. Lefebvre, *op. cit.*, p. 379.

communauté s'exerçait préférablement au douaire. C'était un des points élucidés dans les mercuriales de 1661.

L'on chercha, vainement d'ailleurs, à obtenir un revirement partiel de la jurisprudence, et nous connaissons les arguments que l'on invoqua pour arriver à ce résultat.

Il n'est pas exact, dit-on, que le rachat d'une rente propre à la femme soit toujours à son égard un acte involontaire. Il l'est lorsque le versement des deniers n'est fait qu'au mari et que celui-ci signe seul la quittance. Mais si la femme assiste son mari et signe également la quittance, elle consent par là-même au rachat, et c'est alors de sa part une aliénation volontaire. Elle ne doit plus être préférée au douaire des enfants.

Cette distinction fut rejetée par un arrêt de la 4^e chambre des Enquêtes rendu le 5 avril 1677 (1). Elle ne présentait aucune base sérieuse. Le rachat étant de droit, la femme ne pouvait empêcher le débiteur de l'effectuer ni son mari d'en recevoir le prix. Il était donc faux de dire que son concours à la réception des deniers et à la signature de la quittance impliquait son consentement au rachat. Ce concours se comprenait déjà puisqu'il s'agissait d'un droit propre à la femme. Mais il y avait plus ; ce concours semblait pouvoir être exigé par le débiteur pour se libérer valablement. Ne pas appeler la femme, c'était l'exposer à être laissée par le mari ignorante du rachat et par suite à ne pas tenir la main au remploi. N'était-elle pas colloquée utilement sur les biens de son mari pour ce remploi à la dissolution du mariage ? Beaucoup lui reconnaissaient alors le droit de poursuivre, malgré le rachat, le débiteur en paiement de la rente. L'on conçoit que dans le doute, et pour se

(1) Renusson, *loc. cit.*, n^{os} 18-19. — C'est un arrêt célèbre dont nous nous occuperons plus loin en détail,

prémunir d'un danger éventuel, celui qui rachetait la rente propre à la femme tint à la faire figurer à l'opération. Du moment qu'il avait le droit d'effectuer le rachat, à *fortiori* avait-il celui de le faire régulièrement (1). En résumé, la créance de la femme pour défaut de remploi à la suite d'aliénations forcées primait dans tous les cas celle du douaire.

C. — *Préférence des arrérages du douaire
au fonds du douaire.*

R. de Lacombe, en nous rapportant l'ordre de préférence (2), nous dit que des diverses questions auxquelles il donna lieu, celle qui fit le plus de difficulté fut celle de savoir si la femme pour les arrérages de son douaire devait être préférée aux enfants, auxquels le fonds du douaire appartenait. Le conflit se présentait fréquemment. Par exemple, au décès du mari, des créanciers hypothécaires antérieurs au mariage faisaient vendre ses biens, et après leur désintéressement, le reliquat du prix de vente ne suffisait pas à payer la femme et les enfants. Ou bien, c'étaient des créanciers de la femme qui exerçaient ses droits et qui prétendaient se faire colloquer pour les arrérages du douaire avant les enfants. Qu'les biens du mari déjà presque absorbés par les reprises dotales ne pussent acquitter à la fois les arrérages et le fonds du douaire, l'on voit tout l'intérêt qu'avaient les parties adverses à passer en premier lieu.

Pour donner la préférence à la femme, l'on alléguait que c'était principalement en sa faveur que le douaire était constitué ; que si le douaire était pour les enfants une sorte de légitime coutumière, ils ne pouvaient l'avoir que grâce

(1) Cf. sur cette question, Renusson, *loc. cit.*, nos 22 à 26.

(2) Ci-dessus, p. 141.

à leur mère, à laquelle il était possible de renoncer au douaire par contrat de mariage, ce qui empêchait les enfants de le réclamer ; que d'ailleurs originairement le douaire n'existait que pour la mère, et qu'ensuite bien des Coutumes n'admettaient pas le droit des enfants (1).

Ceux-ci invoquaient les textes de la Coutume (art. 249 et 255) disant que le douaire, soit coutumier, soit préfix, était leur propre héritage, et prétendaient qu'ayant le même titre que leur mère, c'est-à-dire soit le contrat, soit la loi, ils devaient venir par contribution avec elle (2).

Les mercuriales du Parlement de Paris de 1661 donnèrent la préférence à la femme, mais il faut noter que ce n'était pas l'opinion du premier président de Lamoignon, qui écrivit dans ses *Arrêtés* : « Les créanciers pour les arrérages du douaire viennent par contribution avec le fonds du même douaire (3). »

Il est dès lors facile de comprendre que la question ait été encore par la suite débattue en jurisprudence. Renusson nous rapporte les arrêts qui furent rendus.

Le premier est un arrêt de la Grand'chambre du 27 octobre 1689. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un douaire préfix constitué en rente. A la mort du mari, sa fille unique renonça à sa succession pour s'en tenir au douaire. Les biens

(1) Pothier, *De l'hypothèque*, n° 162, dit que la femme doit être préférée parce qu'en stipulant le douaire elle a pensé à elle avant de penser à ses enfants (de même pour le douaire coutumier qui n'est qu'une stipulation sous-entendue). Mais son explication a le tort de négliger l'origine du douaire qui n'était primitivement qu'une pure libéralité du mari, et l'on comprendrait assurément que ce dernier eût aussi bien pensé à l'intérêt des enfants qu'à celui de la femme.

(2) Cf. sur cette discussion, Renusson, *Douaire*, chap. X, nos 22 et s.

(3) *Arrêtés, Act. pers. et hyp.*, art. 65 (édit. de 1702) et 67 (édit. de 1783).

du mari furent décrétés. La veuve et la fille formèrent toutes deux opposition, la première pour sa dot et les arrérages du douaire, la deuxième pour le fonds du douaire. Cette dernière demandait à être colloquée après la dot pour le capital représentant le douaire, sauf à en laisser les intérêts à sa mère pendant sa vie. Sa prétention fut repoussée ; l'arrêt préféra la mère non seulement pour la dot, mais aussi pour les arrérages du douaire. La fille ne vint en ordre utile qu'après paiement de ces sommes, et n'eut pas, faute d'un reliquat suffisant, l'intégralité du principal du douaire préfix.

Un second arrêt, semblable au précédent, fut rendu par la troisième chambre des Enquêtes le 22 mai 1692.

Mais le 12 mai 1694 intervint un arrêt contraire de la Cour des Aides. Le prix provenant de l'adjudication par décret des biens du mari était inférieur au montant du capital et des arrérages du douaire. L'arrêt colloqua concurremment au sol la livre le fils du défunt et les créanciers de la veuve qui exerçaient ses droits (1). Bien que Renusson combatte vigoureusement cette décision, elle fut suivie par la jurisprudence postérieure, au dire de Pothier qui nous rapporte un arrêt conforme du 10 décembre 1718 (2).

D. — *Les dernières collocations de l'ordre de préférence.*

C'est pour elles que nous trouvons le plus de divergences dans les textes. Nous allons les examiner, et de leur comparaison chercher à faire sortir l'ordre qui s'établit définitivement en jurisprudence.

Nous connaissons par R. de Lacombe quel était celui

(1) Tous ces arrêts sont analysés par Renusson, *Traité du douaire*, chap. X, nos 28-32.

(2) Pothier, *Traité du douaire*, part. II, chap. III, art. 3 *in fine*.

qu'adoptait le Parlement de Paris en 1661 (1). Il classait après le douaire le remploi des aliénations volontaires, ensuite l'indemnité des dettes, enfin le préciput et les avantages matrimoniaux (2); mais, en ce qui concerne le dernier rang, il y eut certainement un changement par la suite.

Il n'y eut guère de contestation pour la place du remploi des propres. Le seul texte, semble-t-il, qui ne le mette pas après le douaire, est un passage des *Rapports* précédant les *Arrêtés* de Lamoignon. On sait que le premier président s'était fait adresser des mémoires par divers avocats. Le plus célèbre d'entre eux, Auzanet, lui en avait remis qu'il avait déjà écrits auparavant. Peut-être est-ce d'un de ces mémoires qu'il s'agit, par conséquent d'un document reflétant une ancienne jurisprudence. Ce qui semble le prouver, c'est une note marginale de l'édition de 1702. Le texte est ainsi conçu : « Le préciput est colloqué immédiatement après le douaire comme étant acquis dès l'instant « du contrat de mariage. Le remploi des propres allie-
« suit le préciput, comme étant dû par la Coutume, et éta-
« bly dans le temps de la réformation de la Coutume (3). » La note (4), par contre, dit ceci : « On croit le remploi pré-
« férable au préciput, et il y en a un acte de notoriété
« donné au Châtelet. Dans le *journal des audiences* 13,
« page 860. » C'est une de ces annotations que Lamoignon mettait à la lecture des mémoires qui lui étaient soumis. L'avis qu'elle exprime prévalut : en conséquence, dans les *Arrêtés* le remploi fut classé immédiatement après le douaire (5).

(1) Sur Louet, D., 40, nouvelle addition (ci-dessus, p. 141).

(2) C'est également l'ordre que donne Renusson dans son *Traité des propres*, chap. IV, sect. X, n° 20.

(3) Lamoignon, *Rapports, Des hypothèques*, nos 17 et 18 (p. 289).

(4) En marge du n° 18 dans l'édition de 1702.

(5) *Act. pers. et hyp.*, art. 64.

Restait à déterminer quelle créance de la femme, du préciput et autres avantages d'une part, de l'indemnité des dettes de l'autre, viendrait après le remploi ? Ce ne fut pas sans de nombreux flottements que l'on parvint à une solution. Les rapports de Lamoignon (1) plaçaient l'indemnité en dernier lieu. Par contre les *Arrêtés* (art. 64 de l'édition de 1702) ne disaient-ils pas : « Le préciput suit le remploi et l'indemnité des dettes ? » Ils donnaient la solution qu'avait adoptée le Parlement de Paris en 1661. Mais ce qui tend à faire croire qu'il y eut un revirement de jurisprudence, c'est que dans l'édition de 1783 des *Arrêtés* (édition, « revue, corrigée et augmentée »), le texte primitif de Lamoignon n'a pas été respecté. L'article 66, qui correspond à l'article 64 de 1702, dispose que « la dernière collocation est pour l'indemnité des dettes » après le préciput et les divers avantages matrimoniaux. Pour quelle raison le correcteur n'aurait-il pas reproduit l'ancien article, si ce n'est pour le mettre en harmonie avec la dernière jurisprudence ? D'ailleurs n'était-il pas logique que l'indemnité des dettes figurât à la fin de l'ordre de préférence ? Comme le dit justement M. Lefebvre (2), « c'était bien là le chef d'hypothèque pour lequel on avait le plus fortement discuté sa raison d'être et son rang ». Nous avons vu, du reste (3), comment cette récompense « introduite par un usage nouveau contre l'ancienne jurisprudence » (4) avait été tardivement créée après l'édit de 1606.

Il est donc admissible que la dernière forme de l'ordre de préférence fut celle de la deuxième édition des *Arrêtés*

(1) *Loc. cit.*, n° 49.

(2) *Op. cit.*, p. 580, note 2.

(3) Ci-dessus, p. 98 et 99.

(4) Lamoignon, *Rapports, Hypothèques*, n° 49, p. 289.

de Lamoignon (1). C'est pourquoi nous l'avons reproduite sommairement en tête du paragraphe précédent.

§ 3. — Examen de quelques espèces de jurisprudence.

Pour nous faire une idée des questions délicates qui se posaient à propos du règlement des reprises de la femme et du rôle important qu'y jouait l'ordre de préférence, il est utile d'analyser quelques arrêts qui sont rapportés en détail par les auteurs.

1^o Le plus fameux de tous, et certainement le plus compliqué, est celui du 27 mars 1622 que nous avons déjà cité : Brodeau (2) nous en explique l'hypothèse d'une façon si succincte qu'elle en devient singulièrement obscure et difficile à éclaircir. Pour le montrer nous donnons en note le texte de Brodeau. Il est d'ailleurs indispensable de s'y reporter (3).

(1) C'est également l'ordre qu'observe Denisart, *Décisions nouvelles*, V^e *Hypothèque*, n^o 81.

(2) Sur Louet, D., 40, n^o 3, p. 529-530.

(3) «... Autre arrêt célèbre, donné au rapport de M. Perrot, en la
« première chambre des Enquêtes, les autres chambres consultées, le
« 27 mars 1622, prononcé en robes rouges par M. le premier Prési-
« dent de Verdun, le 7 septembre ensuivant, sur un appel d'une sen-
« tence de Messieurs des Requêtes du Palais, du 27 janvier 1620, entre
« Antoine le Lièvre, sieur de Vaucouleur, héritier de Claude le Liè-
« vre, son frère, qui fut aussi héritier de Jeanne Tronçon, sa mère,
« et maitre François Berlaud, receveur du Taillon en la généralité de
« Paris, tant en son nom que comme tuteur des enfants de lui et de
« défunte Anne le Lièvre, sa femme, héritiers d'Anne Petit, vivante
« femme de Guillaume le Lièvre, leurs ayeul et ayeule : par lequel
« arrêt il est dit que la somme de 2.500 livres pour les deniers do-
« taux prétendus par ledit le Lièvre, de Jeanne Tronçon, sa mère,
« sera premièrement prise et acquittée sur tous les biens qui ont ap-
« partenu à défunt Estienne le Lièvre, son mari ; et à cette fin sera
« tenu icelui le Lièvre de rapporter ou de précompter tout ce que lui
« et son frère ont eu des dits biens, même ceux qui procèdent de la

Les parties en cause, Antoine le Lièvre d'une part, les mineurs Berlaud, représentés par leur père et tuteur de l'autre, étaient cousins germains, le premier étant fils d'Estienne le Lièvre et de Jeanne Tronçon, les seconds ayant pour parents Anne le Lièvre et François Berlaud. Leur aïeule, Anne Petit, en son vivant épouse de Guillaume le Lièvre, s'était portée garante des conventions matrimoniales de son fils Estienne avec Jeanne Tronçon, et c'étaient précisément les droits et reprises de cette dernière qu'Antoine le Lièvre, comme héritier de sa mère et de son frère Claude, mort saisi de ses droits dans la succession de Jeanne Tronçon, prétendait exercer. De toute cette famille les seuls survivants étaient ceux qui figuraient au procès, Antoine le Lièvre, les mineurs Berlaud et leur père. Les créances réclamées au nom de Jeanne Tronçon comprenaient la dot, le douaire, le préciput, le remploi des propres aliénés pendant le mariage, et l'indemnité des dettes créées avec son mari.

L'arrêt colloque en premier lieu la créance des deniers dotaux, soit 2.500 livres, et décide que cette somme doit

« succession de la dite Anne Petit, leur ayeule, tant meubles qu'im-
 « meubles, ou d'autre succession collatérale, pour être employez au
 « paiement et remboursement des dits deniers dotaux, sans que ledit
 « le Lièvre, auparavant ledit remboursement, puisse retenir aucune
 « chose desdits biens par droit de douaire coutumier, et en cas qu'a-
 « près la discussion et rapports, les dits biens ne soient suffisans, le-
 « dit Berlaud, au dit nom de tuteur de ses enfans, héritiers de la dite
 « Anne Petit, leur ayeule, qui avait répondu des conventions matri-
 « moniales, condamné à payer ce qui défraudra de ladite somme de
 « 2.500 livres, et pour le regard des 400 livres du préciput de la dite
 « Tronçon, remploi de ses propres alienez pendant et constant le ma-
 « riage, et dettes par elle créées avec son mari, ledit Berlaud absous :
 « lequel arrêt... juge nettement la préférence des deniers dotaux de
 « la femme contre le douaire coutumier des enfans, mais non pour le
 « préciput, remploi et autres conyentions matrimoniales. »

être prise sur les biens d'Estienne le Lièvre, le mari de Jeanne Tronçon, biens qu'ont recueillis Claude et Antoine le Lièvre, et que ce dernier a eus seul en définitive, ayant hérité de son frère. C'est pourquoi il doit les rapporter, y compris ceux qui provenaient de la succession d'Anne Petit, l'aïeule, car celle-ci avait répondu des conventions matrimoniales, et ces biens sont nécessaires pour compléter le chiffre de la dot à restituer. Ils n'y parviennent même pas, ce qui fait condamner les autres héritiers d'Anne Petit, les mineurs Berlaud, à payer le solde des deniers dotaux.

Antoine le Lièvre avait prétendu qu'il n'avait pas à imputer sur l'acquittement de la dot les biens provenant des successions de son père et de sa grand'mère, en soutenant qu'ils constituaient le douaire coutumier, auquel son frère et lui avaient droit. Il y avait intérêt, car il rejetait ainsi sur les mineurs Berlaud, héritiers pour moitié d'Anne Petit, l'obligation d'acquitter la moitié des reprises de Jeanne Tronçon (pour l'autre moitié, il faisait confusion sur lui-même).

Cette prétention fut repoussée par le Parlement. L'ordre de préférence s'y opposait. La dot passait la première, et nous avons vu que les biens du mari n'avaient pas suffi à l'acquitter. La succession d'Estienne le Lièvre étant insolvable, c'est sur les biens d'Anne Petit, garante des conventions matrimoniales, que doit se prendre le douaire, le fonds devant en revenir à ses héritiers, c'est-à-dire Antoine le Lièvre pour une moitié, les mineurs Berlaud pour l'autre. Or la dot une fois payée, la deuxième créance à faire valoir c'est le douaire. Les mineurs, créanciers eux-mêmes pour le fonds du douaire, imputent à bon droit sur cette créance ce qui leur est échu de la succession d'Anne Petit, et cette préférence du douaire aux autres conventions matrimo-

niales fait qu'ils n'auraient à acquitter les autres reprises de Jeanne Tronçon que si, ayant reçu leur douaire, il leur restait quelque chose des biens qui sont provenus d'Anne Petit.

Ce ne fut évidemment pas le cas, puisque Brodeau nous dit que pour le reste (préciput, emploi, dettes) le tuteur fut absous.

Telle était cette espèce fameuse, intéressante à étudier, car elle nous fait voir les diverses applications de l'ordre de préférence en jurisprudence (1).

2° Un autre arrêt célèbre, rendu solennellement le 5 avril 1677 en la 4^e des Enquêtes, « les autres chambres consultées, et deux de Messieurs de chaque chambre ayant été appelés » (2) eut à résoudre plusieurs questions.

Le sieur Galard, président en la chambre des comptes, avait épousé une demoiselle Bordier, fille d'un intendant des finances, qui lui avait constitué en dot par contrat de mariage, outre quatre immeubles, 200.000 livres en argent comptant, dont 80.000 devaient entrer en communauté ; le reste était stipulé propre, ainsi que ce qui pouvait lui échoir par succession, donation ou autrement. Il y avait également une clause de reprise d'apport au cas de renonciation au profit de la femme et de ses enfants.

Les époux Galard étant tombés en déconfiture abandonnèrent tous leurs biens à leurs créanciers. Ceux-ci dressèrent un projet d'ordre qui fut, sur divers points, contesté devant le Parlement par la fille des époux Galard. Cette dernière renonçait à la succession de son père pour s'en tenir au douaire préfix de 80.000 livres.

(1) Renusson, *Propres*, chap. IV, sect. X, n° 3, rapporte aussi cet arrêt, mais sans aucun des détails qui permettent de se rendre compte de l'hypothèse qui y était envisagée.

(2) Renusson, *loc. cit.*, n° 19.

a) Les créanciers de la femme qui exerçaient ses droits prétendirent être colloqués sur les biens du sieur Galard préférablement au douaire pour les 200.000 livres représentant la dot. La demoiselle Galard soutint qu'ils ne devaient l'être que pour 120.000 ; d'après elle, en l'absence d'une séparation de biens, ils n'avaient pas le droit d'exercer la reprise des 80.000 livres tombées en communauté. Mais sa théorie ne fut pas admise : la cession de biens opérerait une sorte de dissolution de communauté permettant aux créanciers d'user de la clause de reprise d'apport (1).

b) Le sieur Bordier, père de la dame Galard, étant décédé au cours du mariage, il était revenu à sa fille de son mobilier une somme de 22.000 livres. Pour cette somme, propre aux termes du contrat, les créanciers voulurent être colloqués avant le douaire. La demoiselle Galard s'y opposa alléguant que ces 22.000 livres échues depuis la célébration du mariage ne faisaient pas partie de la dot véritable et ne devaient pas être préférées au douaire. Mais pas plus dans ce cas que dans le précédent elle n'obtint gain de cause (2).

c) La succession du sieur Bordier comprenait diverses rentes, qui furent rachetées, et un office, celui d'intendant des finances, qui fut supprimé. Les époux Galard avaient reçu les deniers de la part de la dame Galard dans le remboursement de cet office, et dans le rachat des rentes, et avaient signé tous deux les quittances. Comme il s'agissait d'aliénations forcées, les créanciers de la femme se firent colloquer dans l'ordre pour le remploi de ces aliénations avant le douaire de la demoiselle Galard. Celle-ci prétendit

(1) Ci-dessus, p. 70 et 144. — Cf. Renusson, *Propres*, ch. IV, sect. IX, nos 19 à 22.

(2) Nous avons étudié ce point : ci-dessus, p. 150. — Cf. Renusson, *Propres*, chap. IV, sect. X, n° 6.

que par le fait que sa mère avait signé les quittances, ces aliénations étaient devenues volontaires, et que leur emploi ne devait pas être préféré à son douaire.

Nous avons vu que cette thèse n'était pas fondée (1). Aussi la demoiselle Galard se vit-elle, cette fois encore, déboutée, et ne réussit-elle pas en définitive, comme elle l'avait espéré, à venir en ordre utile pour son douaire immédiatement après les 120.000 livres stipulées propres par contrat de mariage (2).

3^e Nous allons étudier maintenant deux hypothèses plus spéciales.

A. — *Arrêt du 8 janvier 1611 rendu à la 4^e chambre des Enquêtes* (3).

Par contrat de mariage, une demoiselle de la Chassaigne apporta au sieur du Pin, son futur époux, une dot de mille écus. Dans la première clause de ce contrat, la mère du sieur du Pin, Louise Saichet, s'obligea solidairement avec lui à en employer la moitié, et ne s'obligea aucunement aux autres clauses du contrat.

Le mari étant mort insolvable, sa mère paya 500 écus à la veuve, mais prétendit l'empêcher d'exercer ses autres reprises, alléguant qu'elle était subrogée à ses droits et que pour son indemnité elle avait hypothèque avant elle, la clause d'emploi étant la première.

Cette prétention fut repoussée. Outre que l'ordre de l'écriture n'avait aucune importance, admettre la thèse de la dame Saichet eût été lui permettre de reprendre d'une main

(1) Ci-dessus, p. 154.

(2) Cf. Renusson, *loc. cit.*, n^{os} 18 et 19; Pothier, *Hypothèque*, n^o 161.

(3) Brodeau, sur Louet, D., 40, n^o 6 (p. 531).

ce qu'elle donnait de l'autre, et rendre inutile la précaution qu'avait eue la future de stipuler la solidarité. L'on jugea que la dame Saichet ne pourrait tenter le recouvrement de son indemnité qu'après que la veuve aurait exercé toutes ses reprises garanties par une hypothèque de même date.

B. — Arrêt du 19 juillet 1636 rendu aux Enquêtes (1).

Il montre l'intérêt de l'ordre de préférence lorsque la femme est *seule créancière* de la succession de son mari. C'est le cas dont nous avons renvoyé l'examen et qui diffère du précédent par le défaut de stipulation de solidarité.

Le sieur Vachias, receveur général des finances à Lyon, avait épousé une demoiselle Joannin et s'était obligé, dans le contrat de mariage à employer la dot constituée par le père, soit 20.000 livres. La mère de Vachias, Léonarde Rey, par acte notarié du même jour, s'était rendue caution de cette somme jusqu'à ce que l'emploi fût fait, mais non des autres conventions matrimoniales, notamment d'un augment de 10.000 livres promis par Vachias. Celui-ci mourut sans avoir fait l'emploi, et ses biens ayant été saisis, sa veuve s'opposa « pour son augment, ses habits nuptiaux et son an de deuil », réclamant le paiement de sa dot à la dame Rey. Elle était évidemment intéressée à agir ainsi. Les quelques biens que son mari laissait, elle aurait eu avantage à les prendre en acquit de l'augment et des autres conventions, la restitution de la dot étant rejetée sur la caution. L'arrêt n'admit pas ses prétentions. C'eût été renverser l'ordre de préférence (2). Il décida que la dot, étant

(1) Brodeau, *loc. cit.*, p. 532. — Cet arrêt fut rendu dans le Lyonnais. C'était un pays de droit écrit, mais qui dépendait du Parlement de Paris. C'était du reste une espèce qui pouvait très bien se présenter en pays de Coutume.

(2) L'on avait soutenu, vainement on le voit, « que les arrêts qui

préférable à l'augment, devait être prise sur les biens du mari, et que la femme n'en pourrait demander que le solde à la caution, si ces biens ne suffisaient pas à la satisfaire (1).

« donnent la préférence à la dot n'ont lieu que quand il y a deux
« divers créanciers, l'un de la dot et l'autre du douaire, ou de l'aug-
« ment, et des autres conventions, et non quand une même personne
« est créancière de tout » (Brodeau, *loc. cit.*).

(1) Brodeau nous dit que l'arrêt précédent (de 1611) fut produit sur le bureau. Si comme dans l'espèce de cet arrêt, la solidarité avait été stipulée dans l'hypothèse présente, la solution eût été différente, car il eût été loisible alors à la veuve d'exiger de sa belle-mère le paiement de la dot.

CHAPITRE IV

LE SOUS-ORDRE ET LA RENONCIATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

I

En traitant des intérêts que présentait l'ordre de préférence (1), nous avons vu que la femme pouvait céder séparément et à des personnes différentes les droits divers qu'elle avait à exercer à la dissolution du mariage. Point n'est besoin d'insister sur ces cessions. Le seul point que nous ayons à retenir, c'est que les collocations des divers cessionnaires se produisaient dans l'ordre de préférence. Mais ce qu'il est intéressant d'étudier, c'est cette institution, aujourd'hui disparue, du sous-ordre.

L'ancien droit ne connaissait pas les traités que, de nos jours, passent si fréquemment les femmes relativement à leur hypothèque légale. Réglementés par les lois du 23 mars 1855 et du 13 février 1889, ils ont pris naissance dans la pratique après l'apparition du Code de procédure civile, qui supprima le sous-ordre. Ces subrogations supposent que l'hypothèque est détachée de la créance de la femme pour être rattachée à une autre créance. L'utilité de cette opération est grande pour ceux qui en bénéficient. Dans l'ordre qui s'ouvrira à la dissolution du mariage, le créancier de la femme qu'elle aura subrogé à son hypothèque sera, sur le montant de sa collocation, colloqué à son

(1) Ci-dessus, p. 144.

tour par préférence aux autres créanciers. Y a-t-il plusieurs subrogés ? Ils viendront dans l'ordre de leurs subrogations, tandis qu'à défaut de ces conventions, l'émolument de la créance de leur débitrice eût été distribué par contribution.

Il n'en était pas ainsi en droit commun coutumier ; le sous-ordre y étant de droit, les traités dont nous venons de parler y étaient inutiles (1).

Qu'était donc le sous-ordre ? C'était « une distribution « de la somme pour laquelle un créancier a été colloqué « dans un ordre entre les créanciers de ce créancier colloqué, qui se sont opposés sur lui en sous-ordre, ou comme « exerçant ses droits ou qui ont saisi sa collocation » (2). Cette somme, dans notre espèce, c'était le montant des reprises de la femme. Voyons ce qui se passait quand un ordre était ouvert sur le prix des immeubles du mari.

Le plus souvent ces immeubles avaient été saisis, décrétés, et les créanciers (3) se pressaient pour faire valoir leurs droits. Parmi ceux qui l'étaient devenus depuis le mariage (4) s'en trouvaient qui avaient pour obligé le mari seul, d'autres qui avaient pris soin d'exiger en outre l'en-

(1) En somme, l'on comprendra mieux cela après la lecture des développements qui vont suivre, la pratique des subrogations ramène au sous-ordre. Le Code de procédure a supprimé, en tant que légal, le droit de venir par ordre sur les collocations des créanciers hypothécaires, mais ce droit subsiste pour ceux qui se le font concéder par une convention expresse.

(2) Ferrière, *Commentaire sur la Coutume de Paris*, t. IV, p. 1227, n. 3, cité par Beudant, *De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres*, p. 12. — Comp. la définition de Pothier, *Proc. civ.*, part. IV, ch. II, sect. V, art. 12, § 3.

(3) Nous ne parlons que de ceux qui étaient créanciers hypothécaires en vertu d'un jugement ou d'un acte notarié.

(4) L'hypothèque des créanciers antérieurs au mariage (ou au contrat s'il en avait été fait un) était naturellement préférable à celle de la femme.

gagement de la femme. Ces derniers, leur créance fût-elle postérieure, étaient préférés aux premiers, car ils exerçaient les droits de leur débitrice et profitaient de sa collocation obtenue grâce à l'hypothèque légale remontant au jour du mariage ou du contrat de mariage (1). Les autres créanciers de la femme étaient également colloqués en sous-ordre, qu'ils eussent exercé ses droits ou se fussent bornés à saisir sa collocation. Mais pour tous ces créanciers, il était une formalité indispensable à remplir. C'était d'avoir formé opposition en temps utile.

Dès que les immeubles du mari étaient saisis (2), tous les créanciers qui n'avaient pas poursuivi la saisie devaient, pour ne pas encourir de déchéance, faire opposition « à fin de conserver ». Cette obligation incombait à la femme comme aux autres, et elle était remplie soit par elle-même, soit par ses créanciers agissant à sa place, mais, qu'elle l'eût fait ou non, ses créanciers avaient à leur tour à faire opposition en sous-ordre, et cette opposition était soumise à des conditions particulières :

1° Il fallait qu'elle fût faite au greffe ;

2° Qu'elle se produisît avant le sceau du décret ;

3° Qu'il y fût mentionné expressément qu'elle portait sur les droits et collocations de la femme.

Si ces conditions n'avaient pas été observées, si notamment on s'était borné à faire une simple saisie-arrêt entre les mains du receveur des consignations, les deniers se distribuaient, non plus par ordre d'hypothèque, mais dans

(1) Pothier, *Communauté*, n° 766 ; Lamoignon, *Arrêtés, Act. pers. et hyp.*, art. 72 (édit. de 1783) ; on voit l'intérêt qu'il y avait à ne pas contracter avec le mari seul.

(2) Nous supposons que la saisie avait lieu à sa mort.

l'ordre des oppositions et, en cas d'insuffisance, par contribution (1).

Les deux premières conditions étaient exigées également pour l'opposition à fin de conserver. Mais si la deuxième se comprenait pour celle-ci, en empêchant l'hypothèque qui portait sur un immeuble d'être purgée par la saisie de cet immeuble, elle semblait à première vue superflue pour l'opposition en sous-ordre qui ne portait que sur l'émolument d'une créance hypothécaire. Pour en comprendre la raison, il faut retracer brièvement l'histoire du sous-ordre dans l'ancien droit et voir à l'aide de quels principes on le justifiait (2).

Quand le montant d'une collocation dans un ordre ne suffisait pas à désintéresser tous les créanciers, cette somme devait elle être distribuée par ordre d'hypothèque ou par contribution ? Cette question n'avait pas fait difficulté dans les pays de droit écrit et dans certaines Coutumes (3) qui, à l'exemple du droit romain, faisaient porter, tout au moins au point de vue du droit de préférence, l'hypothèque sur les biens mobiliers. Il était tout naturel que la distribution en sous-ordre se fit par rang d'hypothèque. Il n'en était pas de même en droit commun coutumier. L'hypothèque n'y était admise que sur les immeubles, et là deux systèmes y étaient en conflit au sujet des créances hypothécaires grevées d'oppositions en sous-ordre.

Le premier était en faveur au Parlement de Dijon. Un auteur qui écrivait surtout pour l'usage du duché de Bour-

(1) Lamoignon, *Rapports, des hypothèques*, n° 7 (p. 309), *Arrêtés, Art. pers. et hyp.*, art. 120 à 122.

(2) Voir sur tous ces points : Beudant, *De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres*, p. 12 et suiv.

(3) Anjou, Maine, Bretagne et Normandie.

gogne nous le résume en ces termes : « Quoique les deniers
 « proviennent du prix d'un fonds, on ne peut pas dire pour
 « cela qu'ils soient immeubles. Le créancier a eu tout l'ef-
 « fet de son hypothèque, puisqu'il a été placé à l'ordre
 « qu'elle lui avait donné ; les opposans en sous-ordre ont
 « pu la faire valoir pour leur débiteur, mais la colloca-
 « tion, qui n'est à vrai dire que le prix du contrat, est un
 « pur effet mobilier qui doit se distribuer par ordre de sai-
 « sie (1), ainsi que le Parlement de Dijon l'a jugé par arrêts
 « des 19 août 1619, 23 février 1622, et 3 juin 1641 ; on ne
 « voit pas que la jurisprudence ait varié » (2).

L'autre système, c'était celui du Parlement de Paris. Là
 l'émolument des créances hypothécaires était distribué par
 ordre d'hypothèque. Ainsi le jugèrent un arrêt rendu par
 la Grand'chambre en 1597 et un arrêt de la 3^e des Enquêtes
 du 7 février 1615 (3). Si l'on y donnait cette solution, c'est
 que l'on considérait l'opposition en sous-ordre comme por-
 tant, non pas sur le montant de la collocation, mais sur
 l'immeuble saisi lui-même. On admettait, grâce à une fic-
 tion, que le créancier hypothécaire qui formait opposition
 au décret de l'immeuble de son débiteur, était « saisi d'une
 partie du fonds jusqu'à concurrence de ce qui lui était dû »,
 de sorte que les créanciers de ce créancier avaient eux-
 mêmes un droit réel sur le bien décrété, et qu'en formant
 opposition au sous-ordre c'était sur ce bien, et non sur la
 créance hypothécaire, que portait leur hypothèque (4).

(1) Et en cas d'insuffisance par contribution, comme le disaient les
 rapports de Lamoignon (*Des hypothèques*, n° 7).

(2) Thibault, *Traité des criées*, chap. XV, par. 3, n° 31, cité par
 Beudant, *op. cit.*, p. 18.

(3) Brodeau, *Commentaire sur la Coutume de Paris*, art. 178, note 3.

(4) De Héricourt, *Traité de la vente des immeubles par décret*,
 2^e édit., 1752, chap. XI, sect. IV, n° 2.

C'est parce que l'hypothèque des sous-créanciers était jugée porter sur l'immeuble saisi qu'ils devaient former leur opposition en sous-ordre avant le sceau du décret (1). Sans cela leur hypothèque eût été purgée par application de la maxime qu'« un décret nettoie toutes hypothèques » (2). Brodeau est à cet égard absolument caractéristique. Après avoir dit que la somme pour laquelle un créancier est colloqué dans un ordre se distribue, selon l'ordre de leurs hypothèques, entre ses créanciers qui ont formé opposition, il ajoute : « Mais lorsqu'il n'y a point eu d'opposition formée « sur la collocation du débiteur, ains de simples saisies et « arrêts après l'adjudication par décret... l'on ne regarde « plus l'ordre des hypothèques, mais des saisies (3), parce « que les deniers saisis sont purement mobiliers, le décret « ayant purgé l'hypothèque que les créanciers hypothécaires avaient sur l'héritage, en sorte qu'il ne leur reste « qu'une simple action personnelle sur le prix qui doit être « adjugé au plus diligent, c'est-à-dire au premier saisis-sant » (4).

Si fragile que fût la théorie du Parlement de Paris, elle n'en fut pas moins consacrée par l'édit de mars 1673, et bien qu'il eût été éphémère, ce fut là une raison pour la jurisprudence de persister à admettre la distribution par voie

(1) Ci-dessus, p. 170.

(2) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. VII, tit. V, n° 15 (règle 904).

(3) Même observation que plus haut : on observera l'ordre des saisies si la somme suffit à désintéresser les créanciers, sinon, ce sera la distribution par contribution. — Cf. les rapports de Lamoignon à l'endroit précité (*Des hypothèques*, n° 7).

(4) *Commentaire de la Coutume de Paris*, sur l'article 178, note 3. Brodeau nous cite un arrêt du 12 janvier 1596 qui préféra un créancier premier saisissant aux autres créanciers, précédents en hypothèque, qui n'avaient pas formé opposition au décret.

d'ordre des collocations hypothécaires. Par contre la thèse adverse continuait à être soutenue par le Parlement de Bourgogne, et la doctrine était partagée (1).

Mais ces divisions ne nous intéressent pas. Elles n'existaient pas en effet pour les droits des créanciers de la femme. Sur ce point, les arrêts de Dijon adoptaient la jurisprudence parisienne en présence d'un texte formel. Une déclaration royale du 30 décembre 1681 prescrivit que le montant des collocations résultant, pour la femme, de l'exercice de ses reprises au moyen de son hypothèque légale, fût distribué par ordre d'hypothèque à ses créanciers. Elle était ainsi conçue : « Disons, voulons et nous plaît qu'à l'avenir, *les* « *créanciers légitimes des femmes qui seront obligées dans* « *leurs contrats, et étant opposans comme exerçant leurs* « *droits, seront payés sur les dots, préciputs et autres avan-* « *tages des dites femmes, suivant la date et ordre de leurs* « *hypothèques, sans que les saisies et cessions de droits do-* « *taux des dites femmes ci-devant faites, et celles qui se* « *feront ci-après, tant avant que pendant les décrets, puis-* « *sent acquérir aucune préférence auxdits saisissans et ces-* « *sionnaires, au préjudice des créanciers qui se trouveront* « *leur être antérieurs en hypothèque, sans néanmoins qu'en* « *conséquence de notre présente déclaration, l'on puisse se* « *pourvoir contre les arrêts qui avaient été ci-devant donnés*

(1) M. Beudant (*op. cit.*, p. 20 et 21) nous fait connaître les opinions des auteurs. La thèse du Parlement de Paris était adoptée par Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. IV, tit. VIII, chap. VI, sect. II, nos 212 et 213 ; Ferrière, *op. cit.*, t. II, p. 1356, note 23, t. IV, p. 1513, note 3, Guyot, *Répertoire*, V^o Collocation. Au contraire, se rangeaient à l'avis du Parlement de Dijon : Renusson, *Traité des subrogations*, ch. VII, nos 61 et s. ; Denisart, *Décisions nouvelles*, V^o Sous-ordre, nos 2 et 3 ; Rousseaud de Lacombe, *Recueil de jurisprudence*, V^o Ordre, n^o 4.

« en notre dit Parlement de Bourgogne avant la publication d'icelle (1). »

Ainsi, en notre matière, c'était la règle appliquée par la jurisprudence parisienne qui triomphait. Les collocations de la femme étaient de droit réparties hypothécairement en sous-ordre entre ses créanciers (2). Dans ces conditions, ce que nous appelons aujourd'hui la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée n'avait pas de raison d'être, puisque cette opération aboutit au même résultat. Mais il y a plus. De telles conventions passées par la femme supposent que l'hypothèque est séparée de la créance qu'elle garantit. Or rien ne nous permet de croire que la possibilité de cette séparation était admise en pays coutumier. Ou la femme cédait ses divers droits, avec l'hypothèque comme accessoire, ou c'était le sous-ordre qui se produisait. A vrai dire, on pourrait soutenir que, dans le second cas, la séparation avait lieu. Pothier ne disait-il pas que dans les oppositions en sous-ordre, c'est le droit d'hypothèque, droit immobilier, qui est saisi, et que, pour cette raison, les créanciers « doivent venir par ordre d'hypothèque suivant « la règle *pignus pignori dari potest* » (3)? Expliquer ainsi

(1) Thibault, *Traité des criées*, ch. XV, § 3, n° 29 ; Beudant, *op. cit.*, p. 19.

(2) Les créanciers de la femme étaient colloqués en sous-ordre sur les biens du mari d'abord pour le montant de la dot, puis pour l'indemnité des récompenses et les autres droits de la femme. Il y avait une double collocation, parce que, nous dit Bourjon, les créanciers ne pouvaient avoir plus de droits que leur débitrice, et si pour la première ils primaient le douaire comme la femme, comme elle aussi ils devaient, pour la deuxième, subir la préférence des enfants douaiers (Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. III, tit. X, partie VII, ch. II, sect. IX, dist. III, n°s 130 et 131, et tit. XI).

(3) Pothier, *Proc. civ.*, part. IV, ch. II, sect. V, art. 2, § 3. — Cf. Beudant, *op. cit.*, p. 22 à 24.

le sous-ordre, c'est admettre l'hypothèque de l'hypothèque, et nul doute que dans l'esprit de Pothier, l'hypothèque, droit immobilier, ne dût être isolée de la créance qu'elle sanctionnait, droit mobilier. Mais cette explication n'est pas la véritable. Nous avons vu comment les anciens auteurs faisaient porter l'hypothèque des sous-créanciers sur l'immeuble même, en supposant le créancier opposant saisi d'une partie du fonds (1). Ils ne détachaient donc pas l'hypothèque de la créance, et le fait qu'ils justifiaient le sous-ordre, non pas à l'aide de la théorie de Pothier, mais au moyen d'une fiction beaucoup plus compliquée semble bien prouver qu'ils ne jugeaient pas possible la scission qu'opérait Pothier. Cependant des créanciers chirographaires de la femme auraient eu intérêt à se faire subroger à son hypothèque : nous ne voyons rien de semblable dans l'ancien droit.

II

La seule pratique qui paraisse devoir être relevée, c'est la renonciation de la femme à son hypothèque au profit de l'acquéreur d'un immeuble de son mari (2). Inutile d'insister sur l'utilité qu'il y avait pour lui à se mettre à l'abri d'un recours éventuel de la femme.

Cette renonciation se produisait-elle tacitement ? Un texte pourrait faire croire que non. Lamoignon décide en effet, dans les *Arrêtés*, que « le créancier retient et conserve son « hypothèque sur l'héritage aliéné par son débiteur, encore « qu'il ait agréé l'aliénation par quelques actes et signé le

(1) Ci-dessus, p. 172.

(2) C'est une pratique qui ne s'est évidemment développée qu'après l'édit de 1606. Si le Velléien et l'authentique *si qua mulier* n'avaient pas été abrogés alors, il eût été nécessaire à la femme, en renonçant à son hypothèque, de renoncer également à ces bénéfices.

« contract, avec déclaration que l'héritage était franc et
 « quitte de toutes hypothèques, si ce n'est que par une
 « clause expresse et spéciale il ait renoncé à son hypothè-
 « que » (1). Malgré la netteté avec laquelle il n'admet que
 la renonciation expresse, Lamoignon professait certaine-
 ment une opinion isolée ; de plus il ne nous parle pas de la
 femme dans cet article, tandis que plusieurs auteurs nous
 disent que la femme renonçait tacitement à son hypothèque
 légale, et ils le disent si clairement que ce sont eux assuré-
 ment qui professent la doctrine dominante. Ferrière notam-
 ment (2), après nous avoir appris que la femme qui consent
 à la vente d'un immeuble de son mari conserve son hypo-
 thèque sur ses autres biens, ajoute : « Mais elle ne pourrait
 « pas exercer son hypothèque, et ses droits sur l'héritage
 « dont elle aurait consenti l'aliénation au défaut d'autres
 « biens de son mari, soit pour la répétition de sa dot, ou
 « pour son douaire et autres conventions matrimoniales,
 « *auxquelles elle a renoncé tacitement par ce consentement.* »
 Ainsi, le consentement que donne la femme à l'aliénation
 équivaut à une renonciation tacite, mais, remarquons-le
 bien, à une renonciation tacite, non pas seulement à l'hypo-
 thèque, mais, dit le texte, à ses conventions matrimo-
 niales. Voilà qui vient à l'appui de l'opinion, que nous avons
 émise, qu'il n'était pas possible, dans l'ancien droit, de sé-
 parer l'hypothèque de la créance. De nos jours, quand une

(1) *Arrêtés, De l'extinction des hypothèques*, art. III. — L'article sui-
 vant, qui traite de la renonciation expresse, semble au premier abord
 lui prêter un effet translatif, mais ce sont deux créanciers ayant hypo-
 thèque sur le même immeuble qui sont en présence. Il s'agit seule-
 ment d'une convention d'antériorité, d'une interversion de rang.

(2) *Commentaire sur la Coutume de Paris*, sur l'article 132, titre X,
De la communauté de biens, p. 51, édit. de 1770).

femme renonce à son hypothèque au profit d'un tiers acquéreur, elle ne peut plus exercer son hypothèque à l'encontre de ce tiers, en un mot elle perd le droit de suite, mais elle conserve son droit de préférence sur le prix. Rien de tel autrefois dans la même hypothèse. La femme renonçait, sans restriction, à l'exercice de tous ses droits sur l'immeuble aliéné.

La renonciation tacite, mais c'était plus douteux, pouvait avoir un effet translatif. On trouve en ce sens un passage de Denisart (1) où après avoir confirmé l'effet abdicatif de la renonciation de la femme lorsqu'elle consent simplement à la vente de l'immeuble, il nous dit que lorsqu'elle est covenderesse, « son hypothèque ne s'éteint point, « mais elle est seulement cédée et transmise à l'acquéreur. « La femme cède alors à cet acquéreur tout le droit qu'elle « a dans l'héritage et sur l'héritage, et conséquemment « l'hypothèque dont il était chargé envers elle ». Il est bien évident qu'il ne pourrait s'agir ici d'une cession de l'hypothèque seule. Outre que le texte dit clairement que la femme cède à l'acquéreur ses droits avec son hypothèque, ce qui confirme une fois de plus le principe de leur indissolubilité, l'acquéreur a besoin que la femme lui cède ses droits, car en principe il n'est pas créancier du mari, et que ferait-il d'une hypothèque sans créance ?

(1) *Décisions nouvelles*, V^o *Hypothèque*, § 5.

CHAPITRE V

LES RAISONS DONNÉES PAR LES AUTEURS POUR JUSTIFIER L'HYPOTHÈQUE LÉGALE (1).

Ces raisons, nous les avons indiquées pour la plupart dans nos développements antérieurs. Nous n'avons qu'à les dégager et à les ramener aux idées principales qui nous paraissent avoir été surtout exprimées à propos de l'admission de l'hypothèque légale en jurisprudence.

La grande idée, celle qui se rencontre chez tous les auteurs à partir de l'altération des principes de la communauté, telle qu'elle existait au ^{xiii}^e siècle, c'est celle de la restitution de la dot. Nous avons vu comment, dans le droit de Justinien, elle était liée à celle d'une hypothèque accordée à la femme (2) et comment elle avait peu à peu fait son apparition dans nos pays de Coutume (3). Mais elle n'avait pas amené du premier coup la naissance de l'hypothèque légale. L'on s'était contenté d'autres garanties qui assuraient la reprise des biens de la femme.

Avec le développement de l'hypothèque générale résultant des actes notariés, et du jour où cette sûreté réelle appartient à toutes les femmes qui faisaient un contrat de mariage, du jour surtout où le droit à des récompenses fut reconnu aux femmes mariées en l'absence de stipula-

(1) Voir sur ce point Lefebvre, *op. cit.*, p. 582 et s.

(2) Ci-dessus, p. 7 et 19.

(3) P. 20 et s.

tions expresses, il devint utile qu'une garantie leur fût tacitement accordée, et cette garantie fut tout naturellement une hypothèque générale, à l'exemple de celle que produisait de plein droit l'acte notarié. La femme mariée n'en avait-elle pas une dans la législation de Justinien ? et cette législation, l'on devait être d'autant plus porté à l'invoquer, qu'elle faisait reposer le principe de l'hypothèque sur celui de la dot restituable, et que c'était ce dernier principe qui avait présidé à tout le développement des récompenses. C'est donc cette idée de la conservation de la dot qui est la base de notre institution. Il suffit de parcourir les auteurs du ^{xvii}^e et du ^{xviii}^e siècle pour s'en rendre compte (1).

Mais si elle en était la base, il était difficile de la donner comme seule justification de la création de l'hypothèque légale. Non seulement elle était inconciliable avec les principes de la communauté primitive, où la femme était considérée en associée du mari et prêtait son concours à tous les actes qu'il avait à accomplir (2), mais même après la déviation de ces principes, après l'apparition de l'incapacité de la femme mariée, l'idée de restitution de la dot n'était pas encore très fondée : « *uxor non est propria socia, sed speratur fore* » répétait-on après Dumoulin. C'était dire que la femme ne devenait associée qu'à la dissolution du mariage. Mais en la regardant alors comme une associée, il fallait, pour être logique, l'admettre au partage de ce qu'il y avait dans la

(1) Voir notamment Ferrière, sur l'article 232 (texte rapporté à la page 106) ; Pothier, *Communauté*, nos 764 et 765. Le principal passage est cité plus haut, p. 112. Sur les invocations de la législation de Justinien, et les textes que l'on citait, voir ci-dessus, p. 103. — Cf. également Lebrun, *Communauté*, liv. III, ch. II, sect. II, dist. 3, n° 88.

(2) Aussi l'idée de dot avait-elle disparu au moyen âge.

communauté, et non pas lui donner le droit d'exiger du mari la restitution d'une dot. En un mot, l'idée de restitution de la dot heurtait toujours quelque peu celle de communauté de biens. C'est pourquoi, tout en étant la raison déterminante de l'hypothèque légale, elle ne suffisait pas, à elle seule, à la justifier.

Un autre argument fut invoqué (1). L'on dit que la femme mariée était en quelque sorte en tutelle et devait avoir une hypothèque tacite à l'exemple du mineur. L'on fut amené à le dire en raisonnant ainsi : les femmes se marient ordinairement mineures. Elles doivent donc continuer à jouir de la garantie qu'elles avaient étant en tutelle. De plus, leurs maris, les ayant en leur puissance et étant chargés de l'administration de leurs biens, jouent à leur égard le rôle de tuteurs. Mais ce qu'il y a de remarquable, c'est que la majorité n'apporte aux femmes aucun changement dans leur situation. Elles sont encore sous la tutelle de leurs maris, et il est juste qu'étant, même majeures, comparables à des mineurs, elles soient comme eux protégées par la loi (2).

A côté de cette donnée de la puissance maritale continuant à s'exercer comme une tutelle sur l'épouse devenue majeure, la doctrine en met en avant une autre. Elle n'est pas récente ! C'est celle de la « *fragilitas sexus* » que l'on rencontre dans les œuvres de Justinien et qui a pénétré dans les pays de Coutume avec la renaissance du droit romain. Justinien l'avait invoquée à l'appui de l'hypothèque tacite. Après lui, quand il s'agit en nos régions de reconnaître semblable hypothèque à la femme mariée, l'on ré-

(1) Cf. ci-dessus, p. 104.

(2) Renusson, *Propres*, ch. IV, sect. VIII, n° 13. — Il ne fait pas à proprement parler ce raisonnement. Mais il est facile de le dégager de ce qu'il dit.

pète qu' « il est expédient et raisonnable de pourvoir à sa « sûreté, et de subvenir à la faiblesse et à l'infirmité de son « sexe » (1), et de là à dire que c'est en raison de cette faiblesse qu'elle doit être considérée comme un mineur, il n'y a qu'un pas. Ce motif se ramène donc au précédent, mais il a sur lui cet avantage d'être plus général, de s'appliquer à la femme qui s'était mariée majeure comme à celle qui s'était mariée mineure, de s'appliquer enfin aussi bien aux mineurs qu'aux femmes mariées. Les uns et les autres sont des incapables ayant besoin de protection, jugera-t-on pour les assimiler sur le terrain de l'hypothèque légale. C'est ainsi que Brodeau, nous apprenant que des hypothèques tacites furent admises par la jurisprudence, ajoute : «... ce « qui a été très juste, d'autant que les personnes en faveur « desquelles telles hypothèques sont introduites, savoir les « femmes mariées et les mineurs, sont en puissance d'au- « trui, incapables d'agir et vivent le plus souvent dans « l'ignorance de leurs droits.... » (2)

Nombreux sont les textes qui rapprochent la femme du mineur ou qui font allusion à sa prétendue tutelle. C'est encore Brodeau qui nous dit que « la femme a une hypothèque sur les propres de son mari... ne plus ne moins « que le mineur sur les biens de son tuteur », ou qui nous parle de « l'hypothèque tacite que la femme qui est sous la « tutelle perpétuelle de son mari a sur ses biens comme le « pupille sur ceux de son tuteur » (3). Renusson répète également que la femme est « *in tutela mariti* » (4) et qu' « elle

(1) Renusson, *loc. cit.*, n° 12.

(2) Brodeau, sur Louet, H, 26, n° 3.

(3) Sur Louet, R, 30, n° 16. — Brodeau se base d'ailleurs sur le droit de Justinien et ses développements sont émaillés de citations qu'il en extrait.

(4) *Traité de la communauté*, 2^e partie, ch. V, n° 20.

« doit avoir l'hypothèque tacite sur les biens de son mari...
 « à l'exemple du mineur qui a hypothèque tacite sur les
 « biens de son tuteur » (1). C'est ce que dit aussi Denis-
 sart (2).

Il y avait de l'exagération à comparer la femme à un mineur, et Renusson lui-même l'a senti. Ne nous dit-il pas, dans une autre section de son traité, qu'« il ne faut pas argumenter du tuteur au mari, il y a bien de la différence entre l'un et l'autre » ? (3). La question qu'il traite, c'est celle de savoir si le débiteur d'une rente propre à la femme peut la racheter valablement entre les mains du mari seul, et si la femme, qui n'a pas été appelée au rachat et qui n'est pas utilement colloquée pour le emploi de la rente, ne peut pas, malgré le rachat, exiger du débiteur le paiement de cette rente. Notre auteur décide que la femme pourra poursuivre le débiteur, car il aurait dû, pour se libérer valablement, racheter aux époux conjointement. Il n'y a pas véritablement tutelle du mari, car la femme (4) « est capable de consentement ». Renusson raisonne mal, nous semble-t-il. Comment peut-il dire que le débiteur « ne peut se libérer que du consentement de sa créancière », puisque le rachat est de droit, qu'il s'agit d'une aliénation forcée ? Un tel consentement de la part de la femme, quand il était superflu, quand par définition elle ne pouvait se plaindre d'aucune pression de son mari, eût dû lui supprimer tout recours contre ce dernier, par suite son hypothèque légale au cas de défaut de emploi. Ce n'est certes pas le résultat que veut atteindre Renusson. Il songe si peu à enlever à la

(1) *Traité des propres*, ch. IV, sect. VIII, n° 11.

(2) *Collections de décisions nouvelles*, V° *Hypothèque*, n° 72.

(3) *Propres*, ch. IV, sect. X, n° 24.

(4) Renusson la suppose majeure, bien entendu.

femme son action contre le mari qu'il cherche à lui en ménager une seconde contre le débiteur, quand elle n'a pas été partie au rachat. Cependant l'on aurait pu juger suffisante la présence du mari, administrateur des biens de sa femme, dans une opération qui était de droit. Si Renusson pense autrement, c'est qu'il est animé du désir de protéger la femme dans le but de sauvegarder ses propres. Toujours au fond de tous ces développements reparait l'idée de dot.

Quelques auteurs, tout en considérant la femme mariée comme étant dans une sorte de tutelle, ne l'assimilaient pas pour cela à un mineur, ils admettaient sa faiblesse, mais ils ne l'attribuaient pas seulement à « l'infirmité du sexe », mais aussi et surtout à son état de dépendance vis-à-vis du mari. Soumise comme elle l'est à sa puissance, elle peut se trouver amenée à contracter des obligations ou à consentir des aliénations qui lui soient nuisibles, car « cette autorité « maritale... ne laisse pas à la femme pleine liberté de résister à la volonté de son mari » (1). Pour sanctionner ses récompenses, elle a donc besoin d'une garantie lui donnant prise sur ce dernier. C'est l'hypothèque légale, qui devient ainsi un moyen de ne pas laisser illusoire la responsabilité du mari et de contrebalancer son autorité de chef de ménage (2). Cette notion intéressante, nous la trouvons dans Renusson quand il écrit : « La puissance maritale est grande,

(1) Renusson, *Propres*, ch. IV, sect. VIII, n° 18 — Lamoignon fonde la collocation de la femme pour l'indemnité des dettes contractées conjointement avec le mari « sur ce que l'on présume que son obligation n'est pas absolument libre » (*Rapports, Hypothèques*, n° 19. Le texte est rapporté, p. 98, note 2).

(2) Lefebvre, *op. cit.*, p. 584. Brodeau avait entrevu cette idée quand parlant du principe du remploi, il disait qu'il tenait le mari en bride. Ce n'est vrai que s'il y a une sanction, et cette sanction est l'hypothèque légale (Cf. Brodeau sur Louet, R, 30, p. 537, 2^e col.).

« la loi du mariage met la femme dans la dépendance du
 « mari, et lui donne de la crainte et de l'amour, qui sont
 « deux passions également fortes, qui ne lui permettent pas
 « de résister à la volonté de son mari, quand elle veut
 « bien vivre avec lui, ainsi qu'elle y est obligée ; elle est
 « *in sacris mariti* ; elle ne peut rien faire, elle ne peut s'o-
 « bliger ni contracter que de l'autorité de son mari, il est
 « seul administrateur de ses biens... C'est pourquoi il est
 « juste que le mari soit responsable de toutes les aliénations
 « et obligations où il l'a engagée, il est juste de pourvoir à
 « la conservation et à la sûreté des intérêts de la femme, et
 « de lui donner une hypothèque tacite sur les biens de son
 « mari. » (1). La pensée de Renusson, comme le dit fort
 heureusement M. Lefebvre, « est bien d'expliquer toute
 « la jurisprudence coutumière de l'hypothèque comme né-
 « cessaire pour répondre à la puissance du mari dont sa
 « compagne subit l'autorité par droit et par nature l'in-
 « fluence » (2). Cette idée de faire de l'hypothèque légale
 un « appareil d'équilibre » (3), aux mains de la femme est
 la meilleure justification que l'on en pouvait fournir. Elle
 n'était pas trop déplacée (4) dans les principes du régime
 de communauté, où elle remédiait à la situation précaire
 d'un associé mis en péril par l'abus des pouvoirs de l'autre.
 D'autre part, motivée par la puissance maritale, elle expli-
 quait que l'hypothèque remontât au jour du mariage, même
 pour des événements qui s'étaient produits postérieurement,

(1) Renusson, *Propres*, ch. IV, sect. 8, n° 11.

(2) Lefebvre, *op. cit.*, p. 583, note 2.

(3) *Ibid.*, p. 584.

(4) Elle l'était tout de même, en ce sens qu'elle avait comme fonde-
 ment la donnée de dot restituable, qui, elle, se comprenait difficile-
 ment dans le régime de communauté.

puisque c'était ce jour-là qui marquait le début de la puissance maritale (1). De toutes les raisons qui furent données en faveur de la création de l'hypothèque légale, c'est elle certainement qui mérite le plus d'être mise en vedette.

(1) Denisart le dit bien nettement dans un passage où il semble présenter également l'hypothèque légale comme le contrepoids de la puissance maritale : « Cette jurisprudence est fondée sur ce que la
« Coutume, en établissant le mari chef de la femme et en lui donnant
« pouvoir sur elle, a dû naturellement donner à la femme un recours
« sur les biens du mari dans le cas où, par un effet de son pouvoir ou
« par sa mauvaise administration, il lui causerait quelque perte. Et
« comme l'effet remonte naturellement à la cause, l'hypothèque de
« l'action de la femme doit, en ce cas, remonter au principe du pou-
« voir du mari qui est l'époque du mariage. » *Collection de décisions nouvelles*, V^o *Hypothèque*, n^o 71, cité par M. Lefebvre, p. 584. — Cf. également Renusson, *Traité de la communauté*, 2^e part., ch. V, n^o 17.

CHAPITRE VI

L'HYPOTHÈQUE LÉGALE JUSQU'AU CODE CIVIL.

Nous avons terminé l'étude de l'hypothèque légale de la femme mariée en droit commun coutumier. Il ne nous reste qu'à dire en quelques mots quel fut son sort jusqu'au Code civil.

Elle se conserva en jurisprudence avec les caractères que nous avons décrits. L'édit de 1747, dont nous avons déjà parlé (1), précisa les conditions dans lesquelles elle portait sur les biens grevés de substitution, et l'édit de juin 1771 accomplit une réforme la concernant indirectement dans une hypothèse spéciale. Nous avons vu (2) comment l'hypothèque du douaire survivait au décret des biens du mari opéré de son vivant. Nous n'avons envisagé que le cas du décret forcé, de la saisie par les créanciers, mais il existait un décret volontaire, auquel l'hypothèque du douaire survivait également. C'était l'acquéreur d'un immeuble qui recourait volontairement aux longues formalités du décret pour parvenir à la purge des hypothèques grevant son bien. Les créanciers hypothécaires devaient en effet prendre inscription, faire opposition, selon l'expression consacrée, sinon leur sûreté se trouvait éteinte. La femme mariée était également soumise à cette obligation pour l'hypothèque de sa dot et de ses reprises, mais non pour celle du douaire qui

(1) Ci-dessus, p. 127.

(2) Ci-dessus, p. 83 et s.

survivait au décret volontaire comme au décret forcé, à condition qu'ils eussent lieu pendant la vie du mari (1).

L'édit de 1771 simplifia la procédure en supprimant le décret volontaire et en créant les lettres de ratification que l'acquéreur obtenait après affichage du contrat d'acquisition et notification aux créanciers opposants. La femme mariée restait tenue de former opposition, sauf pour l'hypothèque du douaire, quand, le mari étant encore vivant, ce droit n'était pas ouvert. L'édit maintenait d'ailleurs le caractère occulte des hypothèques.

La loi du 9 messidor an III voulut éviter, par une mesure radicale, les dangers de la clandestinité des hypothèques et décida qu'elles devraient être stipulées par acte authentique et inscrites sur des registres publics. Elle supprima purement et simplement ainsi les hypothèques tacites, notamment celle de la femme. Celle-ci n'avait plus d'autre garantie que celle dont elle convenait dans le contrat de mariage. En l'absence de contrat toute sûreté lui faisait défaut. De plus, bien qu'ayant stipulé l'hypothèque, il lui fallait encore l'inscrire, et l'inscrire, non pas en vue de droits éventuels, mais en précisant le montant de la créance. Cette exigence lui enlevait presque le secours de son hypothèque : il était à présumer qu'en consentant à la vente d'un propre ou à une obligation avec son mari, elle n'irait pas inscrire l'hypothèque du emploi ou de l'indemnité. C'eût été à l'égard du mari, après lui avoir donné un consentement qu'elle était libre de refuser, une marque de défiance incompréhensible et blessante. La loi du 9 messidor an III était donc

(1) Il n'y avait, à ce sujet, aucune différence à faire entre les décrets volontaires et forcés (arrêt rendu en 1674 par la 5^e chambre des Enquêtes, rapporté par Lebrun, *Communauté*, ch. II, sect. II, dist. 5, n^o 101).

allée trop loin. Si l'on pouvait admettre la suppression de l'hypothèque tacite, l'impossibilité où se trouvait la femme, en stipulant l'hypothèque, de l'inscrire pour une créance indéterminée, était un résultat choquant (1).

Mais il n'y a pas lieu d'insister outre mesure sur les inconvénients de cette loi. Elle ne paraît pas avoir été appliquée, et les principes qu'elle énonçait ne furent pas reproduits par la loi qui la suivit, celle du 11 brumaire an VII.

La loi du 11 brumaire an VII admit les hypothèques légales. Elle en accorda une, en l'absence de toute stipulation, à la femme mariée, mais elle en prescrivit l'inscription, comme elle prescrivit l'inscription de l'hypothèque convenue par contrat et des autres hypothèques tacites.

L'hypothèque de la femme mariée ne prenait rang que du jour de l'inscription. C'était à la femme à l'inscrire pendant le mariage. Était-elle mineure? L'inscription devait être prise par ses père, mère ou tuteur, ou même, en cas de négligence de leur part, par le commissaire du Directoire exécutif près les administrations municipales. Une seule inscription suffisait pour tous les immeubles du mari

(1) Dans une autre matière, celle du sous-ordre, la loi de messidor avait également modifié la jurisprudence antérieure; tout en admettant le sous-ordre et les oppositions en sous-ordre, elle décidait que les deniers distribués en sous-ordre ne le seraient pas par rang d'hypothèque, mais dans l'ordre des saisies ou par contribution, s'ils étaient insuffisants à désintéresser tous les créanciers. Elle adoptait ainsi la jurisprudence du Parlement de Bourgogne. Mais comme cette loi resta lettre-morte et que celle de brumaire ne contenait aucune disposition sur le sous-ordre, l'on revint (arrêt du tribunal d'appel de Paris du 15 frimaire an VII) à la thèse adverse qu'avait professée le Parlement de Paris, jusqu'au jour où le Code de procédure civile la condamna définitivement (cf. ci-dessus, chap. IV, et Beudant, *op. cit.*, p. 27 et 28).

situés dans le ressort du bureau. Enfin, pour les droits de la femme qui n'étaient pas ouverts, l'inscription pouvait mentionner des créances indéterminées.

Comme on le voit par ce bref résumé, la loi du 11 brumaire an VII avait remédié aux gros défauts de la loi du 9 messidor an III, mais elle avait conservé le principe de l'inscription, et ce principe fut très attaqué. L'on répéta notamment que la femme ne saurait prendre cette inscription sans provoquer le désaccord dans l'union conjugale.

Aussi le projet de Code civil, qui laissait à la femme mariée la même garantie, revint-il, non seulement pour les hypothèques légales, mais pour toutes, au régime de non-publicité. Il se heurta toutefois à des résistances, car si ce régime comptait de nombreux partisans, il avait de sérieux adversaires. Ceux-ci, parmi lesquels figurait le tribunal de cassation, réclamaient instamment le maintien de la loi de brumaire en faisant valoir que la clandestinité de l'hypothèque amenait l'instabilité de la propriété et rendait le crédit des plus difficile.

Les deux opinions en présence se concilièrent grâce à la transaction suivante : les hypothèques légales seraient générales et occultes, les autres resteraient, comme sous la loi de brumaire, soumises aux principes de publicité et de spécialité. Il en fut ainsi décidé, et ces propositions passèrent dans le Code civil.

Quel motif avait-on invoqué dans la discussion pour ne pas maintenir la nécessité de l'inscription de l'hypothèque de la femme mariée ?

Ce fut le vieil argument de la faiblesse féminine qu'il fallait protéger. La femme aurait été incapable de prendre l'initiative d'inscrire son hypothèque pendant le mariage, car ç'eût été contrecarrer la puissance maritale ; d'autre

part, il eût été inutile de prescrire, avant le mariage, une inscription qui n'aurait pu mentionner la quotité de droits complètement indéterminés (1). C'est ce que dirent notamment Bigot-Préameneu, Portalis et Tronchet qui parlèrent le plus souvent sur cette question de l'hypothèque légale. Du reste ils considéraient cette institution comme une protection sérieuse, et bien que Tronchet eût dit: « Les « maris qui voudront aliéner ou engager quelques-uns de « leurs immeubles feront, comme autrefois, intervenir leurs « femmes au contrat pour s'engager avec eux ou renoncer à « leurs hypothèques » (2), ils ne paraissaient pas se douter de l'importance que prendraient plus tard ces traités relatifs à l'hypothèque légale, ni de la façon dont cette garantie se retournerait maintes fois contre la femme. Ce détail ne nous prouve-t-il pas combien de telles renonciations de sa part étaient rares dans l'ancien droit ?

(1) Fenet, t. XV, p. 323.

(2) Locré, t. XVI, p. 261. — Cf. Lefebvre, *op. cit.*, p. 569, note 1.

APPENDICE

OBSERVATIONS RELATIVES AUX PARTICULARITÉS DE CERTAINES COUTUMES.

I. — *L'hypothèque légale dans les pays de nantissement.*

Certaines Coutumes du Nord-Est de la France pratiquaient le nantissement. Pour comprendre ce que c'était, rappelons-nous qu'au moyen âge toute aliénation immobilière n'était parfaite que par la formalité de la dessaisine-saisine ; le vendeur de l'héritage se dessaisissait entre les mains du seigneur qui en remettait la possession à l'acquéreur (2). Il en était de même pour toute constitution de droit réel.

C'est cette pratique qui se maintint dans certaines régions sous le nom de nantissement (ailleurs elle avait disparu, plus exactement elle était sous-entendue). Dans ces pays celui qui voulait constituer une hypothèque devait se dessaisir de son bien en présence des officiers seigneuriaux

(1) Comme l'indique le titre de cet appendice, il ne s'agit pas d'une étude de l'hypothèque légale dans les diverses Coutumes. Les particularités que nous relèverons dans certaines régions concernent notamment des institutions destinées à assurer la restitution de la dot, qui auraient dû logiquement disparaître à l'apparition de l'hypothèque légale et qui néanmoins survécurent pour des raisons spéciales que nous étudierons brièvement.

(2) L'aliénation des alleux donnait également lieu à une formalité : seulement c'était le vendeur lui-même, qui, tout en se dessaisissant de l'immeuble, en investissait l'acquéreur.

qui en conféraient la saisine éventuelle au créancier pour garantir ses droits. Cette formalité était constatée sur des registres spéciaux. Il en résultait, on le voit, un régime de publicité des hypothèques remarquable à signaler.

Un tel régime ne semblait pas pouvoir comporter l'existence d'hypothèques tacites, et lorsque se manifesta, en droit commun coutumier, la tendance, de plus en plus grande, d'en accorder à la femme mariée et au mineur, leur introduction parut impossible dans les pays de nantissement.

Elles y furent admises cependant, tant étaient grands la faveur de la dot et le désir de « protéger la faiblesse » de leurs bénéficiaires. Une exception fut apportée à la règle générale au profit de la femme mariée et du mineur : leurs hypothèques furent dispensées des formalités de nantissement. L'article 139 de la Coutume d'Amiens décide en effet que dans les cas où par disposition du droit il y a tacite hypothèque le nantissement n'est point requis, et les Coutumes de Reims, de Vermandois et de Péronne contiennent des dispositions analogues (1) C'est ce que dit également Loysel : « Es cas esquels y a hypothèque taisible, « les réalisations, nantissements et saisines introduites par « aucunes Coutumes ne sont point requises (2). »

(1) L'article 115 de la Coutume d'Amiens ne dispense de nantissement que l'hypothèque du douaire, de sorte que si l'article 139 n'existait pas, l'on pourrait hésiter à accorder la même dispense à l'hypothèque des autres droits de la femme. Voilà, comme le fait remarquer M. Lefebvre, qui vient à l'appui de l'opinion, conjecturant que ce fut pour le douaire conventionnel que l'hypothèque générale de l'acte notarié présenta sa première utilité (ci-dessus, p. 53) et un autre argument est encore fourni par ce fait qu'avant la Coutume d'Amiens, celle de Laon avait déjà dispensé de nantissement l'hypothèque du douaire (art. 46 et 124). — Cf. Lefebvre, *op. cit.*, p. 573, note 1.

(2) *Institutes coutumières*, liv. III, tit. 7, règle 498. — La règle 497

Conformément à ces textes, le Parlement de Paris jugeait couramment que la femme mariée avait une hypothèque légale « encore qu'elle n'eût point pris nantissement ». (arrêt du 7 septembre 1602 rendu en la Coutume d'Amiens) (1).

Il y eut des difficultés pour deux Coutumes, celles de Boulenois et de Ponthieu. Aucun article n'y admettait les hypothèques tacites ; de plus, le nantissement était exigé pour le douaire. Aussi deux arrêts rendus par la troisième des Enquêtes le 21 juillet 1595 et le 3 août 1602, refusèrent-ils à la femme une hypothèque tacite pour son douaire. Cependant la cinquième des Enquêtes lui en reconnut une (arrêt du 24 mai 1602) (2). La jurisprudence était donc divisée et elle le resta jusqu'au jour où intervint un arrêt de règlement du 29 juillet 1623 qui ordonna que les hypothèques tacites des femmes mariées et des mineurs fussent admises dans les Coutumes de Boulenois et de Ponthieu. Cet arrêt permit de mettre fin à un procès qui était engagé depuis 1605. La question était de savoir si les donations, faites à la femme par contrat de mariage, étaient, en l'absence de nantissement, garanties par une hypothèque tacite. Non, avait jugé le sénéchal de Boulenois, se fondant sur ce que le nantissement était requis pour le douaire. Mais sa décision, rendue le 31 janvier 1605, avait été frappée d'appel, et Brodeau (3) nous apprend que la cause avait été appoin-

accorde aux mineurs et aux femmes « hypothèque taisible et privilégiée ». — Voir le texte complet ci-dessus, p. 17, note 3. La règle 20 (liv. I, tit. III) déclare que le douaire a « taisible hypothèque et nantissement ».

(1) Arrêts de Louet, H, 26. Louet nous dit qu'on a tiré argument de l'hypothèque tacite de Justinien.

(2) Brodeau sur Louet, H, 26, n° 2.

(3) Sur Louet, H, 26, n° 2.

tée en conseil le 20 décembre 1605, puis qu'il y avait eu, en juin 1618, un arrêt à informer par turbes. La décision définitive fut rendue, peu après l'arrêt de règlement, le 4 mars 1624, et accorda naturellement à la femme l'hypothèque tacite.

Dans la Coutume de Senlis et des régions avoisinantes, la constitution d'hypothèque s'opérait au moyen d'une formalité analogue au nantissement, dite ensaisinement ou inféodation, mais il fut jugé, que sans avoir accompli cette formalité, la femme aurait une hypothèque tacite pour son douaire et les autres conventions matrimoniales (arrêt du 25 janvier 1610) (1). Signalons en outre une décision curieuse rendue dans cette même Coutume de Senlis. Aucune disposition ne s'y rencontrait concernant le remploi des propres de la femme. Aussi une femme qui ne l'avait point stipulé par contrat de mariage se vit-elle accorder pour ce remploi une hypothèque qui ne remontait qu'au jour des aliénations (arrêt du 17 février 1634) (2).

Dans certaines Coutumes, comme celles d'Artois et de Lille, aucune dérogation au régime de publicité hypothécaire ne fut admise au profit de la femme mariée. Elle devait stipuler son hypothèque et la faire connaître par le nantissement.

Mais cette divergence ne subsista que jusqu'en juin 1771. L'édit qui fut promulgué à cette date et qui créa les lettres de ratification contenait dans son article 35 une disposition abrogeant « l'usage des saisines et nantissements qui avait persisté dans les régions du Nord-Est. Dès lors la

(1) Brodeau sur Louet, *loc. cit.*, n° 3.

(2) Arrêts de Louet, R, 30, nouvelle addition de Rousseaud de La-combe. La question est amplement discutée par Lebrun, *Communauté*, .iv. III, ch. II, sect. I, dist. 2, nos 58 à 60.

clandestinité des hypothèques fut complète et rien ne s'opposa plus à l'adoption des hypothèques tacites dans les Coutumes, où la rigidité du principe de publicité les avait empêchées de s'introduire.

II. — *De la persistance de l'assignat en Bourgogne
et en Nivernais.*

Au xvi^e siècle, et au xvii^e, dans sa première moitié tout au moins, survit, dans les provinces de Bourgogne (1) et du Nivernais, une institution que nous avons déjà étudiée, l'assignat. Il est intéressant d'en reparler, parce que, partout ailleurs, elle avait disparu. Créée pour assurer la restitution de la dot, elle devait logiquement être remplacée par l'hypothèque légale qui avait le même but, dès que celle-ci aurait fait son apparition. S'il en fut ainsi dans toutes les Coutumes, sauf trois, pour quelles raisons ces dernières avaient-elles conservé une ancienne pratique ? C'est ce que nous voudrions essayer d'expliquer.

Nous avons vu qu'aux xiii^e et xiv^e siècles, l'assignat pouvait être général ou spécial, qu'il permettait à la femme de détenir les immeubles de son mari jusqu'à ce qu'elle eût recouvré les deniers stipulés propres ; qu'elle devait ensuite restituer ces biens aux héritiers de son mari.

L'assignat général tomba de bonne heure en désuétude, sans doute à cause de la gêne qu'il occasionnait en mettant tous les biens du mari dans les mains de la femme pour sûreté d'une créance parfois de faible importance.

Lorsque parut, au xvi^e siècle, vers l'époque de l'ordon-

(1) Il y avait deux Coutumes en Bourgogne, celle du duché de Bourgogne et celle de la Franche-Comté. — Cf. Cours de M. Lefebvre de 1907-1908.

nance de Villers-Cotterets, l'hypothèque générale résultant de plein droit de l'acte notarié, l'assignat était donc spécial (1), mais, stipulé dans un contrat de mariage passé devant notaire, il se trouvait faire double emploi avec l'hypothèque générale qu'entraînait un tel contrat. Sa disparition semblait donc également s'imposer, et pourtant on le rencontre dans les contrats jusque dans le courant du xvii^e siècle.

On y rencontre même parfois, chose curieuse, des clauses où il est question d'assignat général, mais dès le xvr^e siècle, Guy Coquille (2) prenait soin de nous dire qu'on ne devait voir là qu'une hypothèque générale. Ce fut sans doute l'influence de l'esprit de tradition qui fit décorer du nom de l'ancienne la nouvelle garantie que produisait le contrat.

S'il n'y avait plus là qu'un nom, que signifiait alors cet assignat spécial dont il était encore tant question ? Il fallait autre chose que la tradition pour expliquer son maintien.

La raison ne serait-elle pas, comme autrefois, le désir de ne pas laisser sortir de la famille du mari les biens grevés de l'assignat ? Jadis la femme en avait seulement la possession jusqu'au jour où elle avait recouvré sa dot. Ce jour-là elle devait les rendre.

Cette raison est insuffisante. Outre que l'ancien principe de conservation des biens dans la famille n'avait plus la même vitalité qu'autrefois, il n'eût pu justifier l'usage de l'assignat en Nivernais, où ses caractères s'étaient modifiés. En effet, tandis qu'en Bourgogne le mari ou ses héritiers restaient assurés de recouvrer les biens détenus par

(1) Les deniers stipulés propres étaient assignés sur des terres déterminées dont la femme ou ses héritiers se mettaient en possession à la dissolution du mariage pour obtenir le paiement des deniers.

(2) Sur l'article 13 (chap. XXIII) de la Coutume de Nivernais.

la femme en lui restituant, si tard que ce fût, les deniers dotaux, en Nivernais cette faculté ne leur était réservée que pendant un délai de trente ans. Il en résultait que, ce délai expiré, la femme devenait propriétaire des héritages qui faisaient l'objet de son assignat (1).

Il faut donc trouver un motif qui puisse s'appliquer aux deux provinces. Or, à côté de l'effet de l'assignat que nous venons de rapporter et qui ne se rencontrait qu'en Nivernais, il en était un autre, commun aux deux pays, et qui présentait une telle utilité pour la femme que c'est certainement lui qui amena la persistance de l'assignat. Cet effet était le suivant : supposons qu'une femme eût apporté en dot une certaine somme d'argent stipulée propre. Cette somme était tombée en communauté, à charge par le mari d'en restituer l'équivalent à la dissolution de la communauté. A ce moment, la somme avait-elle été simplement stipulée propre ? La femme la reprenait dans la communauté, dont elle partageait le restant avec son mari ou ses héritiers (2). Avait-elle été en outre assignée sur des héritages déterminés du mari ? La femme partageait par moitié la communauté où figuraient les deniers dotaux réalisés, et de plus le mari ou ses héritiers devaient lui payer une somme égale au montant de ces deniers pour rentrer en possession des biens sur qui portait l'assignat. De cette façon la femme reprenait plus qu'elle n'avait apporté (3).

(1) Coutume de Nivernais, art. 12 ; Coutume du duché de Bourgogne, ch. IV, art. 18 ; Guy Coquille, *Institution au droit français. Droits de mariez*, p. 64 *in fine* (édit. de 1703).

(2) Elle eût pu reprendre la somme subsidiairement sur les propres du mari à l'aide de son hypothèque légale, mais, nous supposons, dans ce cas et dans le cas suivant, la communauté bonne et acceptée par la femme. — Cf. sur la reprise des deniers propres dans une communauté solvable. Bacquet, *Droits de justice*, ch. XXI, n° 300.

(3) Guy Coquille, *Quest. et rép.*, qu. 112, notes d'Eusèbe de Lau-

On voit quel avantage cette institution offrait à la femme au cas d'acceptation d'une communauté solvable, et comment elle pouvait vivre à côté de l'hypothèque légale, qui ne sanctionnait un recours sur les propres du mari qu'après discussion de la communauté, qui n'offrait d'utilité par conséquent que quand celle-ci était médiocre.

Il est à présumer que ce n'est qu'en Bourgogne et en Nivernais que l'assignat présentait au profit de la femme une particularité si étonnante, et que c'est pour cette raison que ces pays seuls l'avaient conservé, mais, cette particularité se fût-elle rencontrée dans les autres Coutumes, sa survivance ne s'en expliquerait pas moins dans des régions fortement imbues des principes de la législation de Justinien. La notion romaine de dot y avait pénétré plus tôt qu'ailleurs ; n'est-ce pas la proximité des pays de droit écrit qui amena la Coutume de Nivernais à admettre l'hypothèque légale un peu avant les autres (1) ? Quant à la Bourgogne, le droit romain y était si bien entré en vigueur qu'il y fut considéré comme devant servir de droit commun dans le silence de la Coutume (2). Dès lors, rien d'étonnant à ce que la faveur de la dot ait fait accorder à la femme un avantage si considérable. N'avait-elle pas sous Justinien le fameux privilège de l'*Assiduis* ? Mais à coup sûr il y avait là une inégalité tellement choquante entre les époux qu'on comprendrait aisément que le droit commun l'ait repoussée, ou tout au moins que, l'ayant admise, il l'ait abandonnée à la naissance de l'hypothèque légale, abandonnant du même coup ce qui la produisait, l'assignat. Quelle que soit la vérité, toujours est-

rière sur Loysel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. III, n° 14 et liv. III, tit. III, n° 17.

(1) Ci-dessus, p. 56.

(2) La rédaction de 1459 le disait formellement (M. Lefebvre, à son cours de 1907-1908).

il que c'est l'idée de dot poussée plus loin que dans les autres Coutumes qui dut, en Bourgogne et en Nivernais, faire durer sous le régime de l'hypothèque légale la pratique de l'assignat avec l'effet que nous avons décrit.

Toutefois, au fur et à mesure que l'idée de dot perdit de son exagération primitive, l'assignat parut de moins en moins justifié. Il aboutissait, en définitive, à faire rendre à deux reprises la dot de la femme (1). Ce résultat finit par paraître inadmissible. Déjà Guy Coquille, qui, avec sa connaissance générale des diverses Coutumes, devait être plus à même que quiconque d'apprécier à sa juste valeur l'institution qu'avaient gardée celles de Bourgogne et de Nivernais, l'avait attaquée à maintes reprises (2). Non seulement il préconisait son abolition, en déconseillant de la stipuler à l'avenir par contrat de mariage, mais il soutenait qu'il ne fallait plus considérer les clauses qui la concernaient dans les anciens contrats que comme des conventions d'hypothèque. Si l'on se rappelle que l'assignat était spécial et que d'autre part la femme mariée avait de plein droit une hypothèque générale, la théorie de Coquille n'aurait-elle pas conduit à voir dans l'assignat une sorte de restriction d'hypothèque ?

Ce n'est là qu'une simple réflexion que nous émettons, sans pousser l'idée plus avant, car les critiques de Coquille, qui demeurèrent vaines de son temps, amenèrent plus tard la disparition pure et simple de l'assignat. Les auteurs de

(1) Nous ne disons pas « à la faire rendre deux fois ». En réalité la femme ne la reprenait qu'une fois et demie. Figurant dans la communauté, les deniers dotaux se partageaient et la femme n'en avait que la moitié. Mais par contre elle touchait intégralement du mari ou de ses héritiers une somme égale au montant de la dot assignée.

(2) Cf. notamment *Comment. sur la Cout. de Nivernais*, ch. XXIII, art. 12 et 18, *Quest. et rép.*, qu. 112.

la fin du xvii^e et du début du xviii^e siècles disent qu'il a été abandonné, et l'un d'eux déclare même qu'il n'a jamais vu à son époque insérer l'assignat dans un contrat de mariage (1).

III. — *L'hypothèque légale et la protection de la dot en Bretagne.*

Nous nous bornerons à de très brèves remarques sur la Coutume de Bretagne (2). Elle pratiquait le régime de communauté entre époux et offrait dans son ensemble une grande ressemblance avec le droit commun coutumier. Toutefois on y relève une pensée de sollicitude envers les femmes et une tendance à les protéger plus accentuées (3). Aussi n'est-il pas superflu de jeter un coup d'œil sur les moyens de protection dotale qu'un tel état d'esprit avait inspirés, d'autant plus que parmi eux s'en trouvait un qui avait de très grands rapports avec l'assignat que nous venons d'étudier.

1^o En ce qui concerne les immeubles propres de la femme, déjà la Très ancienne Coutume admettait, lorsqu'ils étaient aliénés dans certains cas, une récompense légale au profit de la femme. L'ancienne Coutume donnait notamment à la femme contre le mari une action de remploi et en restitua-

(1) Davot, cité par Ollier, *op. cit.*, p. 96.

(2) Cette Coutume eut deux rédactions en 1539 et 1580. Un vieux coutumier les avait précédées. C'était une œuvre privée du premier tiers du xiv^e siècle. Elle fut longtemps considérée comme un texte officiel. Aussi l'appelle-t-on la Très ancienne Coutume. La question de savoir si elle avait un ou plusieurs auteurs est controversée. — Cf. Esmein, *Cours d'hist. du droit*, 5^e édit., p. 732, note 3. M. Planiol en a donné une excellente édition.

(3) Cela provenait sans doute du voisinage de la Normandie où, nous le verrons, les principes de Justinien étaient admis avec presque toutes leurs conséquences.

tion du prix de son propre aliéné. Mais jusqu'en 1580 la doctrine dominante fut que la femme ne pouvait invoquer à l'appui aucune hypothèque tacite (1). D'Argentré, commentant la Coutume de 1539 à la veille de celle de 1580 (2), était d'avis que la femme devrait avoir pour le remploi des propres qu'elle s'était constitués en dot une hypothèque remontant au jour du contrat de mariage, ou du mariage à défaut de contrat, et pour le remploi des biens qu'elle avait recueillis pendant le mariage, une hypothèque ne prenant rang que de la date des aliénations. Sans faire cette distinction, la nouvelle Coutume, en accordant à la femme la garantie de l'hypothèque légale ne la fit dans tous les cas partir que du jour des aliénations (3).

En même temps qu'elle donna l'hypothèque à la femme, la Coutume de 1580 créa une récompense réciproque en faveur du mari pour l'aliénation de ses propres, mais elle consacrait entre les deux époux cette différence, qui en droit commun fut admise par la jurisprudence (4) ; tandis que le remploi des propres de la femme se prenait jusque sur les biens de son mari, celui des propres du mari ne pouvait se prendre que sur les meubles, acquêts et conquêts de la communauté. Brodeau justifiait cette solution par le vieil adage : « *maritus non potest onerare propria uxoris* ».

2° En ce qui concerne les conquêts, c'était aussi une an-

(1) Dès que le contrat de mariage notarié emporta hypothèque générale, la femme put profiter évidemment de cette garantie en stipulant le remploi dans son contrat.

(2) Sous l'article 410, glose 2, n° 3 et 4, rapporté par Brodeau sur Louet, R, 30, n° 17.

(3) Brodeau sur Louet, R, 30, n° 17 ; Lamoignon, *Rapports, hypothèques*, n° 27, p. 291.

(4) La coutume de Paris (art. 232) ne parlait que d'une reprise sur les biens communs.

cienne maxime que l'on répétait : « la femme aussi grande que l'homme quant aux conquêts ». Cette formule se rencontrait à deux reprises dans la Très ancienne Coutume. Il y avait donc une communauté de conquêts, indépendante de celle des meubles. Dans la première, la femme avait sur les biens qui en faisaient partie le même droit que le mari ; celui-ci ne pouvait en disposer sans son concours, et cette situation dura jusqu'en 1539, où l'ancienne Coutume fit du mari le chef de la communauté de conquêts comme il l'était déjà de la communauté de meubles.

3° Dès lors, les deux communautés se confondirent, et bientôt apparurent les conventions de réalisation de meubles qui étaient restées jusque-là inconnues. Elles ne se comprenaient pas dans un régime qui accordait à la femme des droits très étendus sur les conquêts et qui lui permettait de prendre sa part de conquêts tout en renonçant aux meubles.

L'utilité des stipulations de propres et d'emploi se montra donc, non seulement quand les droits de la femme furent diminués, mais aussi quand les dots mobilières devinrent plus fréquentes. L'habitude se prit, comme en droit commun coutumier, d'en stipuler propre une partie, et d'en assurer la restitution soit par une clause d'emploi, soit par une « assiette ». Nous avons vu la première. C'est la seconde qui est l'institution curieuse à laquelle nous avons fait allusion plus haut.

L'« *assiette de la dot* » ressemblait fort à un assignat. Les deniers réalisés par la femme étaient « assis » sur les héritages du mari qui répondaient ainsi de leur reprise. Mais il y avait entre l'assiette et l'assignat des différences.

a) A la dissolution de la communauté la femme se mettait en possession des biens du mari grevés de l'assignat

et les conservait jusqu'à ce que le mari ou ses héritiers lui eussent remis une somme équivalente à celle stipulée propre. Elle devait ensuite les restituer.

Il n'en était pas ainsi des héritages qui constituaient l'assiette de la dot. Ils devenaient la propriété de la femme qui les prenait en paiement de la somme qu'elle s'était réservée.

En réalité la différence n'était pas très grande. Rappelons-nous qu'en Nivernais tout au moins la femme qui était restée pendant trente ans en possession des biens du mari sans avoir reçu la somme assignée les conservait définitivement. Elle en acquérait donc aussi la propriété, mais au bout d'un certain temps, tandis que la femme bretonne devenait immédiatement propriétaire.

La différence restait toutefois entière à ce point de vue entre la Bourgogne et la Bretagne.

b) En Bretagne le mari pouvait, changeant, en quelque sorte, l'assiette de la dot, donner en paiement à la femme des conquêts. La Coutume paraissait même dire que la femme ne devait être payée que subsidiairement sur les propres du mari, mais comme d'autre part elle laissait à ce dernier, pour acquitter sa dette, le choix entre les deux catégories de biens, cette disposition n'était pas impérative (1). En tous cas il n'y avait rien de semblable dans les pays qui pratiquaient l'assignat.

Par contre, ce qui rapprochait l'assiette de l'assignat, c'est qu'elle avait aussi l'effet avantageux pour la femme que nous avons signalé. Si, à défaut de conquêts, la femme recevait des immeubles du mari en paiement de sa dot, elle prenait néanmoins la moitié des meubles communs, et par

(1) Article 427 de la Coutume de 1580.

suite la moitié de ses deniers réalisés. Ceux-ci n'étant en effet que des propres fictifs se confondaient avec la communauté. Il en résultait donc un bénéfice pour la femme : elle recouvrait à la fin du mariage une dot supérieure à celle qu'elle avait apportée.

Tels étaient, d'après la Coutume de 1580, les principaux caractères de l'« assiette ». Plus complexe que l'assignat, elle avait le même but que lui : la restitution de la dot. Comme lui, elle l'assurait avec cette exagération qui faisait que, bien qu'elles eussent une hypothèque légale, les femmes jugeaient utile de la stipuler. Mais comme lui aussi, elle finit par être trouvée excessive et par être battue en brèche. Au cours du xvii^e siècle, la jurisprudence décida que la femme qui l'avait stipulée devrait exercer ses reprises d'abord sur les meubles, et seulement en cas d'insuffisance de ces derniers, sur les conquêts et les propres. Dès lors, notre clause perdait son originalité et devait finalement tomber en désuétude (1).

IV. — *L'hypothèque légale et le régime de protection dotale dans la Coutume de Normandie.*

I

A la différence des autres pays coutumiers, la Normandie n'a jamais pratiqué la communauté de biens entre époux.

(1) Terminons par une dernière remarque relative aux engagements de la femme. La Coutume de Bretagne, sans admettre du reste le Velléien, prescrivait, dans une pensée de protection pour la femme obligée conjointement ou solidairement avec son mari que le créancier discutât d'abord ce dernier (*Très ancienne coutume*, ch. CCCXII). La femme était en quelque sorte réputée caution même à l'égard du créancier, tandis que dans le Code civil, elle ne l'est qu'à l'égard du mari.

Un tel régime, qui supposait à l'origine une étroite association conjugale, ne pouvait convenir à une région où le principe de la suprématie maritale poussée au plus haut degré avait été apporté par les invasions du Nord. Les données chrétiennes du mariage se combinèrent à ce principe d'une façon inattendue en faisant admettre, contrairement au résultat qu'elles avaient produit ailleurs, que la personnalité de la femme s'absorberait dans celle du mari, et le défaut d'importance de sa personnalité fut encore accentuée, à la renaissance romaine, par l'idée de sa faiblesse, de la « *fragilitas sexus* », qui amena du reste la création des divers moyens de protection que nous allons étudier (1).

Donc, pas de communauté. L'article 389 de la Coutume de 1583 le dit formellement (2). Les immeubles de la femme restent sa propriété, et si le mari en a la jouissance et l'administration, les garanties que possède la femme l'empêchent d'abuser de ses pouvoirs. Quant aux meubles, ils deviennent la propriété du mari; si bien que la femme n'aurait aucun droit à exercer à la dissolution du mariage, si la Coutume ne lui accordait des gains de survie. Mais elle ne lui accorde que cela. Si elle meurt la première, ses

(1) M. Lefebvre, à son cours de 1907-1908. Sur les institutions de la Coutume de Normandie, lire l'étude de M. Ambroise Colin sur le droit des gens mariés dans la Coutume de Normandie (*Nouv. rev. hist. de dr. français et étranger*, 1892, t. XVI, p. 427).

(2) « Les personnes conjoints par mariage ne sont communs en biens, soient meubles ou conquests immeubles, ains les femmes n'y ont rien que après la mort du mary. » La Coutume de 1583, dite réformée, était en réalité une première rédaction, tardive du reste, car il y avait avant elle un texte considéré comme officiel dans le Grand Coutumier, œuvre privée de la deuxième partie du xiii^e siècle. Dès le début du xiii^e siècle les vieux principes avaient été exposés dans le Très ancien Coutumier.

héritiers n'ont rien à prétendre (1). Il faut qu'elle survive à son mari. C'est la deuxième règle qu'énonce l'article 389, de sorte qu'elle est, non son associée, mais son héritière, et que c'est comme telle qu'elle a à accepter ou à renoncer (2).

Quels étaient donc ses droits de succession ? Elle avait : 1° la moitié en propriété des conquêts en bourgage, c'est-à-dire des tenures non féodales situées dans les villes (3) ; 2° Le tiers en usufruit des autres conquêts (art. 329) ; 3° Le tiers ou la moitié en propriété des meubles, selon qu'il y avait ou non des enfants (art. 392 et 393).

En dehors de ces droits qui lui étaient reconnus par la Coutume, la femme avait pu, par une clause de « remport » insérée au contrat de mariage, se réserver celui de reprendre certains meubles à son usage personnel.

Tous ces droits supposaient, non seulement que la femme survivait, mais qu'elle acceptait. Renonçait-elle ? Elle n'avait droit qu'à ses « paraphernaux ». La Coutume (art. 395) désignait sous ce nom ses effets personnels, ceux dont elle stipulait le remport en cas d'acceptation.

Dans tous les cas, ses apports mobiliers lui revenaient, puisqu'elle en était restée propriétaire. De plus la femme pouvait réclamer son douaire qui consistait dans l'usufruit

(1) Sauf une exception, dont nous allons dire un mot un peu plus loin.

(2) Lefebvre, cours précité.

(3) Chose curieuse, les héritiers de la femme prédécédée avaient droit à cette moitié, sauf à en laisser l'usufruit au mari (art. 331 et 332). C'était donc un droit de communauté plutôt que de succession, et il y avait là une trace de l'influence qu'avaient partiellement exercée en Normandie les idées de *collaboratio* et de communauté professées par les autres Coutumes. Ce droit était admis avant la rédaction de 1383.

du tiers des propres du mari. Après avoir été d'abord conventionnel, il était devenu légal, mais on conservait l'habitude de le stipuler fréquemment par contrat de mariage, notamment pour en changer l'assiette.

II

Tout ce que nous venons de dire tendrait à faire croire que la femme normande, n'étant qu'héritière de son mari, ne devait jamais avoir de créances à faire valoir contre lui, et que par suite une hypothèque légale n'eût pu lui être d'aucun secours. Et pourtant la Coutume réformée lui en accorda une (1). Nous verrons quel était son rôle, et comprendrons comment la femme pouvait être créancière de son mari en étudiant l'action de remploi et les conventions auxquelles donnaient lieu les apports mobiliers des femmes. Pour l'instant contentons-nous de dire que, comme en droit commun coutumier, cette hypothèque était générale et occulte, portait sur tous les héritages du mari, et prenait rang du jour du contrat de mariage, ou de la célébration du mariage en l'absence de contrat. Elle avait donc le double aspect que nous lui connaissons déjà, étant conventionnelle ou légale, et n'était autre, au premier cas, que l'hypothèque générale résultant de l'acte notarié. Mais sur ce point nous avons à apporter quelques précisions.

Seule de toutes les Coutumes françaises, celle de Normandie permettait officiellement les contrats de mariage sous signatures privées (2). Leur validité était du reste subordonnée à certaines conditions destinées à prévenir les modifications et les changements de date (3). On prétendit

(1) Article 539.

(2) Article 388.

(3) Il fallait « que le contrat fût passé en la présence des parents

que de tels contrats emportaient hypothèque comme les contrats notariés, mais cette prétention fut repoussée par la jurisprudence. Un arrêt du 4 juillet 1686 (1), jugea notamment qu'ils ne pouvaient produire hypothèque que s'ils avaient acquis date certaine par la mort d'un des signataires, de l'un des parents par exemple. C'était donc du jour du décès que l'hypothèque prenait rang alors, et si l'on réfléchit que la femme avait, en vertu de la Coutume, l'hypothèque légale du jour du mariage, l'on voit qu'elle ne profitait d'un avantage de date que si le décès s'était produit avant le mariage. Or il ne s'écoulait pas tant de temps entre l'époque du contrat et celle du mariage pour que cette éventualité dût se produire fréquemment ! Autant valait dire que pratiquement le contrat de mariage sous seings privés n'emportait jamais l'hypothèque générale (2) et que la femme qui en était munie n'avait que l'hypothèque légale du jour du mariage. Mais, si réduite que soit l'importance de la particularité que nous venons de signaler, elle n'en était pas moins absolument spéciale à la Coutume de Normandie, et pour cette raison méritait de n'être pas passée sous silence (3).

« des conjoints et signé par eux... s'il était fait entre deux majeurs
 « hors la présence des parents, il devait être déposé pour minute avec
 « reconnaissance d'écriture avant la célébration du mariage à peine
 « de nullité des clauses extraordinaires qui y étaient contenues ».
 Allinne, *De l'ancien régime matrimonial normand et de sa survivance dans la pratique notariale sous le droit intermédiaire et sous le Code civil*. Thèse Caen, 1908, p. 71 et 72.

(1) Rapporté par Basnage sous l'article 527 (Allinne, p. 72, n. 1).

(2) A moins d'être déposé au rang des minutes d'un notaire, ce qui lui conférait l'authenticité. Ce dépôt était très fréquent.

(3) Remarquons aussi qu'admettre, comme le faisait l'arrêt de 1686, que l'hypothèque, fût-ce dans un cas extraordinaire, pourrait résulter d'un contrat sous seing privé, c'était reconnaître que l'hypothèque

III

Qui garantissait cette hypothèque légale que la Coutume accordait à la femme normande ? Celle ci avait-elle donc une dot à se faire restituer ? Rien de ce que nous avons entrevu du régime matrimonial normand ne l'implique. Il est temps d'étudier cette protection dotale qui en est l'institution la plus originale et dont la source était dans les principes du droit de Justinien qui, à la renaissance, s'étaient implantés solidement dans notre région.

La dot, à ne considérer que le sens étroit qu'on lui donnait en Normandie, c'était l'apport immobilier de la femme, cet apport qui dans tous les cas, à l'issue du mariage, faisait retour à la femme ou à ses héritiers, puisqu'ils en étaient propriétaires. Mais l'habitude s'étant introduite, comme nous allons le voir, de réserver propre une partie de l'apport mobilier, ces biens réalisés furent qualifiés de « dotaux », et avec les immeubles constituèrent la dot au sens large. Nous allons examiner le régime de cette dot, d'abord pour les immeubles, puis pour les meubles ; nous verrons en même temps quels moyens étaient employés pour la conserver, indépendamment de l'hypothèque légale, qu'ils avaient précédée, et sous le régime de laquelle ils survécurent.

A. *La dot immobilière* (1). — Dès la fin du xii^e siècle les biens de la femme appelés « *maritagium* », ou ceux

avait pour cause une obligation sous-entendue, et non le caractère exécutoire de l'acte, puisque ce caractère n'appartenait pas au contrat en question. Dans l'espèce, l'hypothèque découlait du même principe que celle des actes privés vérifiés en justice, et la théorie exposée plus haut, p. 47 et suiv. se trouve confirmée.

(1) Pour simplifier, c'est dans ce paragraphe que nous dirons quelques mots de l'aliénation des immeubles grevés du douaire de la femme qui ne rentraient naturellement pas dans la dot, puisqu'ils appartenaient au mari.

soumis à son douaire ne pouvaient être aliénés valablement par le mari, les premiers l'eussent-ils été du consentement de la femme, que si un « *excambium* », un remploi était fourni (1). Glanville nous le dit formellement (2). Mais il ne faut pas oublier que les transactions immobilières étaient rares alors ; ce n'est que plus tard que toute cette théorie prit de l'importance. Nous allons brièvement traiter cette fameuse question du « mariage encombré ». Le *maritagium*, l'apport de la femme était « encombré » lorsqu'il avait été aliéné par le mari, et à la dissolution du mariage, la femme pouvait reprendre son bien, en nature, sauf à l'héritier d'indemniser l'acquéreur évincé. Il en était ainsi, même si la femme avait consenti à l'aliénation, « *quia contradicere non potuit* », disait déjà Glanville. Après lui, l'on répétait qu'elle n'avait donné son consentement que sur l'ordre de son mari et sans pouvoir lui désobéir (3).

Le plus souvent, on cherchait à ne pas évincer l'acheteur en dédommageant la femme sur les biens de son mari. C'est ce principe qui, déjà connu à la fin de xii^e siècle sous le nom d'*excambium* se développa ensuite pour être consacré en 1583 par la Coutume réformée. Voici ce qui fut décidé :

1^o L'héritage de la femme avait-il été aliéné par un seul des deux époux ? L'ancien droit de reprise en nature subsistait, et la femme avait, pour l'exercer, une action possessoire appelée « *bref de mariage encombré* », qu'elle devait intenter dans l'année de la dissolution du mariage (art. 537) (4).

(1) Voir sur ce point Terrat, *Des clauses de remploi*. Thèse Paris, 1905.

(2) *Lib. sextus*, cap. XI ; *Lib. undecimus*, cap. III.

(3) M. Lefebvre, à son cours de 1907-1908.

(4) Si l'immeuble était aliéné par la femme seule, le mari pouvait agir de suite en restitution.

2° L'aliénation était-elle faite par les deux époux ? La femme n'avait plus droit qu'à un dédommagement. Le mari devait remployer les deniers provenant de la vente. Sinon, la femme ou ses héritiers intentaient à la dissolution du mariage, une action de remploi destinée à leur faire obtenir une récompense égale au prix de l'immeuble. Ce recours s'exerçait sur les biens du mari avec la garantie de l'hypothèque légale qui prenait rang du jour du contrat de mariage, ou du mariage à défaut de contrat. Enfin la femme qui n'avait pu obtenir paiement sur les biens de son mari avait encore une ressource subsidiaire, celle de poursuivre le détenteur de son héritage, que l'action de la femme obligeait, soit à délaisser, soit à verser un équivalent en argent (art. 540 et 542).

Ce régime ne s'appliquait pas seulement aux biens immobiliers apportés par la femme (*maritagium*), mais aussi à ceux qu'elle recueillait au cours du mariage. Il y avait toutefois une différence entre eux : au cas de vente d'un propre de la seconde catégorie, l'hypothèque qui en garantissait le remploi ne remontait qu'au jour de l'aliénation.

En ce qui concerne les immeubles soumis au douaire et que le mari aliénait, la Coutume (art. 378 et 379) permettait à la femme de les reprendre au moyen d'une action réelle entre les mains des acquéreurs pour faire valoir son droit d'usufruit. Le Très ancien Coutumier lui avait déjà accordé la même faveur (1). C'était utile alors ; mais en 1583 l'hypothèque que la femme tenait de son contrat ou de la loi n'eût-elle pas aussi bien produit le même résultat ? Nul doute du reste, bien que la Coutume ne le dise pas, que ce recours ne s'exerçât qu'à défaut d'un remploi ou d'un dédommagement. C'était la tradition constante depuis Glanville.

(1) *Très ancien Coutumier de Normandie*, ch. LXXIX, § 7.

Il n'était pas possible à la femme de renoncer aux différents recours que la Coutume lui réservait. Elle n'y pouvait renoncer ni par son concours aux aliénations du mari, ni même par une disposition expresse du contrat de vente. Cette renonciation anticipée eût été considérée comme une intercession et fût tombée sous le coup du Velléen. Le sénatus-consulte et l'authentique *si qua mulier* avaient été admis en Normandie à la renaissance romaine, et jamais le principe n'en fut discuté. Le Parlement de Rouen annula toujours les renonciations à ces bénéfices et il refusa d'enregistrer l'édit d'abrogation rendu par Henri IV en août 1606.

B. *La dot mobilière.* — Entre autres idées du droit de Justinien, celle de dot restituable devait s'imposer en Normandie. Comme l'usage y était de réserver aux mâles les immeubles de la famille, l'habitude fut prise de donner en dot aux femmes des meubles. Mais il était naturel de ne pas les laisser tous devenir la propriété du mari. Aussi l'usage était-il anciennement pour la femme de se réserver propres les deux tiers de son apport mobilier. Elle ou ses héritiers avaient le droit de les reprendre à la dissolution du mariage, mais jusque-là le mari en gardait la libre disposition, et la garantie de l'hypothèque légale n'existant pas encore, il était prudent de l'empêcher de les dissiper. Ce résultat était obtenu par le moyen de diverses clauses que l'on insérait dans les contrats de mariage. Les deux principales étaient l'une, la stipulation d'emploi, l'autre, la stipulation de propre accompagnée d'une *consignation*.

De la première nous ne dirons rien. Nous l'avons déjà étudiée en droit commun coutumier.

L'autre est des plus intéressantes. Quoique se rapprochant beaucoup de l'assignat, elle n'en a pas moins son

originalité propre. Par cette clause, le mari affectait tous ses biens à la restitution des deniers stipulés propres par la femme. C'était donc une consignation générale, mais elle s'opérait dans des conditions particulières qu'il importe de préciser (1).

En réalité le mari constituait sur tous ses héritages une rente dont le capital était équivalent à la somme réalisée. C'étaient les immeubles qui répondaient du paiement de la rente ; c'était une charge réelle qui pesait sur eux, tandis qu'avec une simple réserve de propres la femme n'aurait eu qu'une action personnelle contre les héritiers du mari. Ce n'était pas le seul avantage qu'elle y avait. En l'absence de consignation, ses meubles s'étant confondus avec ceux du mari, c'est dans cette masse qu'elle les reprenait, sauf à venir ensuite, sur ce qui restait, exercer son droit de succession du tiers ou de moitié. Y avait-il eu consignation ? Elle avait le droit d'exiger le paiement de la rente sur les immeubles grevés, et en sus de cette rente, elle recueillait, comme héritière, sa part de meubles, parmi lesquels se trouvaient ceux qu'elle avait apportés et stipulés propres. On voit le bénéfice que procurait une telle clause, et combien cette institution se rapprochait sur ce point de l'assignat, qui, tel qu'il se pratiquait en Bourgogne et en Nivernais, offrait à la femme commune en biens un avantage analogue. En Normandie comme dans ces pays, la femme remportait plus qu'elle n'avait apporté (2).

(1) Cf. sur la consignation de Basnage, *Commentaire sur la Coutume de Normandie*, sur l'article 365 ; Flaust, *Explication de la Coutume de Normandie*, même article.

(2) L'assiette de la dot en Bretagne présentait également la même particularité. Du reste elle et la consignation n'étaient que des variétés d'assignats.

Comme dans ces pays également, cet effet si utile, quoiqu'injuste pour le mari, pouvait expliquer l'intérêt qu'il y avait à conserver la consignation après la création de l'hypothèque légale ; celle-ci permettait bien à la femme de recouvrer son apport sur les propres du mari, mais seulement à défaut de meubles. Quand ceux-ci étaient suffisants, c'était sur eux qu'elle se payait, tandis que la consignation lui permettait de se faire payer d'un côté sur les propres, de l'autre, comme héritière, sur les meubles.

La Coutume de 1583, tout en accordant l'hypothèque légale à la femme, lui conserva donc son ancienne garantie qu'elle réglementa. Mais ne l'aurait-elle pas conservée, même sans la conséquence qu'elle produisait, et qui logiquement justifiait son maintien ? La Coutume normande accumula tellement de sûretés en faveur de la femme qu'un double emploi n'y eût pas été extraordinaire. Qu'on en juge par l'énumération de ces garanties :

1° Outre la consignation convenue par contrat de mariage, dite « actuelle », la Coutume de 1583 admit une consignation légale, ayant les mêmes caractères, dans le cas suivant (art. 366). La femme avait-elle dans sa dot des rentes ? Si ces rentes étaient rachetées pendant le mariage, le prix de rachat était consigné de plein droit sur les héritages du mari.

2° Aux termes de l'article 511, le mari devait employer les meubles apportés par la femme. Quant à ceux qu'elle recueillait pendant le mariage, il avait à en faire emploi de la moitié (art. 390). C'était la consécration légale de l'ancienne stipulation d'emploi, et si les anciens procédés employés pour rendre l'emploi effectif avaient disparu, c'est qu'ils étaient rendus inutiles par une nouvelle sanction, l'hypothèque légale.

3° Au cours du ^{xvii}^e siècle, la jurisprudence admit que les deux tiers des meubles apportés par la femme seraient tacitement réputés propres : *a*) au cas de mariage d'une mineure dûment autorisée de son tuteur ; *b*) quand l'apport provenait des parents ou du frère de la femme (1). On présu-mait ainsi la réserve de dot dans des cas où l'usage était de la stipuler. A cette disposition coutumière venait s'adjoindre l'hypothèque légale comme garantie.

4° Enfin les *Placités* (2) accordèrent à la femme, dans leur article 121, le droit de se faire envoyer en possession des biens du mari jusqu'à concurrence de ses reprises. Il y avait là vraisemblablement une sorte d'assignat légal

IV

Quelle pensée inspirait donc la création de toutes ces mesures au profit de la femme ? C'était, à n'en pas douter celle de sauvegarder sa dot, mais elle était tellement déve-loppée en Normandie qu'il faut en dire quelques mots.

La situation primitive de la femme avait été celle d'un être asservi. L'exagération de la puissance maritale l'avait placée sous une domination brutale, et l'influence des prin-cipes chrétiens du mariage ne put qu'adoucir les mœurs sans déterminer, au point de vue juridique, le relèvement de sa condition. On considéra l'épouse comme tellement assujettie qu'il lui était impossible de ne pas obéir en toutes choses à son mari, de lui refuser par exemple son concours à l'aliénation de son *maritagium* : « *contradicere non po-tuit* », disait-on pour justifier l'annulation de l'acte ou tout au moins le droit à un dédommagement. Plus tard la puis-

(1) Basnage, sur l'article 250.

(2) C'est ainsi qu'on désigne le fameux arrêt de règlement rendu par le Parlement de Rouen en 1666.

sance maritale perdit de son importance, mais c'est alors que pénétra en Normandie la législation de Justinien. S'il n'était plus possible d'arguer d'une suprématie maritale excessive, d'autres raisons allaient justifier la condition inférieure de la femme. Justinien n'avait-il pas soutenu qu'elle était un être faible, ayant besoin d'être protégé ? Aussi l'idée de la « *fragilitas sexus* » reparut-elle et entraîna-t-elle les mêmes conséquences qu'au Bas-Empire. Le Velléen et l'authentique *si qua mulier* furent accueillis avec faveur en Normandie. Ils y amenèrent l'incapacité complète de la femme mariée, à tel point qu'elle ne pouvait s'obliger même à son profit (art. 538). Nous n'avons pas à parler des engagements de la femme. Ils étaient nuls de droit. D'autre part, c'est le besoin de protéger la femme qui détermina la création de toutes ces mesures relatives à la conservation et à la restitution de la dot. Inaliénabilité de la dot immobilière, à moins qu'un remploi ne fût effectué, réserve de la dot mobilière assurée de diverses façons, et allant jusqu'à frustrer le mari, voilà les résultats que nous avons constatés et auxquels aboutit le développement de l'ancienne idée romaine. On finit par penser qu'un tel régime ne laissait presque plus rien au mari, et, pour compenser le préjudice qu'il éprouvait, on institua le « *don mobil* ». Nous n'en dirons que quelques mots pour compléter la vue d'ensemble que nous avons eue sur le régime matrimonial normand.

C'était un don que la femme faisait à son mari par contrat de mariage. Nous avons vu que l'usage était qu'elle stipulât propres les deux tiers de ses apports mobiliers. Le dernier tiers faisait l'objet du don mobil au mari. L'utilité de ce don pourrait sembler faire défaut, le mari devenant, d'après la Coutume, propriétaire des meubles non

réalisés, si l'on ne réfléchissait qu'en l'absence de ce don la femme survivante et acceptante eût recueilli, comme héritière, le tiers ou la moitié des biens qui en faisaient l'objet. C'est cette conséquence qu'empêchait le don mobil (1).

Lorsque la femme avait des immeubles, elle en affectait une partie au don mobil. Il y avait là une sorte d'ameublement, et une fois dans le patrimoine du mari, ces immeubles n'étaient pas grevés du douaire de la femme. Le don mobil pouvait également porter tant sur les apports mobiliers que sur les apports immobiliers. Dans tous les cas la quotité habituelle était du tiers.

Dans le système de protection dotale que nous venons d'étudier, le don mobil constituait au profit du mari une juste contrepartie des sûretés trop nombreuses dont profitait la femme. Mais il est une autre réflexion que suggère précisément le nombre de ces sûretés. C'est que, dans un tel faisceau de garanties attachées à la conservation de la dot de la femme, l'hypothèque légale jouait un rôle secondaire. Sa principale utilité était dans la sanction de l'action de remploi ; pour le reste elle était fréquemment suppléée de diverses façons. Aussi pourrions-nous dire en terminant qu'elle n'avait pas en Normandie la même importance qu'en droit commun coutumier (2).

(1) Dans les deux cas où la jurisprudence présumait propres les deux tiers des meubles de la femme, elle présuma également le don mobil du dernier tiers.

(2) L'ensemble des garanties dotales subsista jusqu'au droit intermédiaire en Normandie. La loi du 9 messidor an III y supprima, comme ailleurs, l'hypothèque légale, et celle du 11 brumaire an VII, qui la rétablit, la soumit à la nécessité de l'inscription. Mais la jurisprudence continua à reconnaître à la femme le droit de se faire envoyer en possession des biens du mari pour sûreté de ses reprises (Allinne, *op. cit.*, p. 133 et 136).

V. — *Le régime dotal et l'hypothèque légale en Auvergne.*

Il nous reste à étudier sommairement le rôle de l'hypothèque légale dans un régime matrimonial qui, comme celui de Normandie, s'écartait fort du droit commun coutumier, celui de l'Auvergne. Nous devrions dire : celui de la Basse-Auvergne, car, rappelons-le, cette province était traversée par la ligne de démarcation des pays de droit écrit et des pays de Coutume, et la région située au Sud de cette ligne faisait partie de la première catégorie. Quant à l'autre, elle était bien régie par une Coutume, mais cette Coutume était tellement imprégnée de la législation romaine des pays voisins qu'elle rentrerait à peine dans notre sujet, si ses principes n'avaient été exposés, dès le ^{xv}^e siècle, par un auteur de renom, Masuer (1), et ne méritaient par suite d'être retracés dans leurs grandes lignes.

Tout d'abord la communauté entre époux était inconnue dans l'ensemble de l'Auvergne. A peine en relevait-on quelques rares applications très localisées, à Thiers notamment. C'était là une faible trace d'influences coutumières, qui n'avaient pu refouler celles du droit romain, car tout le reste du pays pratiquait, à peu de chose près, le régime dotal de Justinien.

« *Tous les biens de la femme sont réputés dotaux* », nous dit Masuer (2), et sa formule, étendue plus tard à tous les pays coutumiers, était très juste, appliquée à l'Auvergne. Tous les apports de la femme tombaient sous la pleine maîtrise du mari ; mais tandis que celui-ci devenait, à

(1) L'ouvrage de Masuer, paru en latin sous le nom de *Practica forensis*, a eu plusieurs traductions.

(2) Au début du titre XIV, *Des dots et mariages* (traduction Fontanon, 1606) :

Rome, propriétaire des immeubles comme des meubles (1), ce n'est que de ces derniers qu'il acquérait la propriété en Auvergne. Dans cette province, la femme conservait la nue propriété du fonds dotal, le mari en ayant seulement l'administration et la jouissance. Il appartenait même à la femme de conserver la pleine propriété de certains meubles, en se les réservant par contrat de mariage. C'étaient alors des paraphernaux qui échappaient complètement au pouvoir du mari.

Mais, comme sous Justinien, le mari était, à la dissolution du mariage, tenu de restituer la dot de la femme (2). Il était bien devenu propriétaire des meubles, mais à charge d'en rendre l'équivalent. Quant aux immeubles, encore bien moins qu'au Bas-Empire, il ne pouvait les conserver, puisqu'il n'en avait plus que la jouissance.

De quelle façon était assurée cette restitution en Auvergne ?

Pour les immeubles, le système n'était plus celui de l'inaliénabilité fondée sur la loi Julia et les prohibitions nouvelles de Justinien. Le principe était différent. La femme pouvait bien consentir à l'aliénation, mais cela ne la rendait pas valable (3). Ce qu'il fallait, c'est que la femme fût « pleinement récompensée » à la dissolution du mariage (4). A ce moment elle avait le choix, ou de se contenter de la récompense offerte par le mari, ou de réclamer le bien en nature.

Pour les meubles, la femme les reprenait au moyen de la garantie qu'elle possédait au temps de Justinien.

(1) Girard, *Manuel de droit romain*, p. 947 et 954, note 1 (3^e éd.), ci-dessus l'introduction.

(2) Girard, *ibid.*, p. 955.

(3) Masuer, titre XIV, n° 15.

(4) *Ibid.*, n° 12.

Cette garantie, c'était l'hypothèque tacite, et elle assurait, non seulement la reprise du mobilier, mais aussi le remploi ou la récompense, en cas d'aliénation des immeubles.

Masuer en parle brièvement, mais à plusieurs reprises. Elle était donc admise au xv^e siècle par la Coutume, et c'est là une constatation curieuse à faire, puisque nous ne l'avons vue naître en droit commun que dans la seconde moitié du xvi^e. Si elle s'introduisit d'aussi bonne heure dans notre région, ce fut assurément la proximité des pays de droit écrit qui en fut cause. L'hypothèque tacite y était en vigueur ; le Sud de l'Auvergne la pratiquait donc, et de là elle devait facilement passer dans la Coutume du Nord, si imprégnée déjà d'idées romaines. C'est ce qui arriva, et le fait que Masuer prend soin de renvoyer à la loi *Assiduis* le montre bien (1).

Ce n'est pas que l'hypothèque eût en Auvergne le privilège de l'*Assiduis*, mais déjà il était admis qu'elle remontait au jour du contrat de mariage. Notons d'ailleurs qu'il ne s'agissait pas alors de l'hypothèque produite de plein droit par le contrat. Ce principe était encore inconnu au xv^e siècle. Aussi était-ce la faveur du mariage que l'on invoquait pour donner comme point de départ à l'hypothèque, l'époque du contrat (2).

Il était interdit à la femme de renoncer à cette sûreté que lui accordait la Coutume. Masuer le disait expressément : « La femme ne se peut aucunement obliger pour le fait de
« son mary ni renoncer à l'obligation ou hypothèque qu'elle
« a pour raison de sa dot ou autrement : pour ce que ce se-
« roit indirectement faire fraude à la coustume, par laquelle

(1) Titre XLI, *Des privilèges*, n° 5.

(2) Masuer, titre XXIX; *Des obligations*, n° 35.

« la femme ne peut rien donner au mary à quelque titre
« que ce soit (1). »

L'interdiction est donc nette, mais la justification qu'en donne Masuer est faite pour nous surprendre. L'on s'attendrait à le voir soutenir qu'une renonciation à l'hypothèque par la femme eût constitué une intercession tombant sous le coup du Velléien (2). Ce sénatus-consulte était bien appliqué en Auvergne, puisque Masuer se demande si la femme peut y renoncer (3). L'invoquer dans l'espèce eût été plus conforme au droit de Justinien. Sans doute, en droit romain, les dons entre époux étaient bien défendus (4). Mais un sénatus-consulte de 206 (*oratio Antonini*) avait atténué la portée du principe en décidant que si le donateur mourait sans l'avoir révoquée, la donation, nulle à l'origine, se trouverait validée (5). Or le droit coutumier avait emprunté au droit romain la prohibition sans le tempérament, et la sanctionnait énergiquement au moyen d'une nullité absolue (6). On voit donc que le motif, donné par Masuer, de l'impossibilité où se trouvait la femme de renoncer valablement à son hypothèque convenait beaucoup plus au droit coutumier qu'au droit romain. N'est-ce pas lui que nous avons vu invoquer pour établir la nécessité du remploi des propres de la femme ? Il y avait donc eu, en Auvergne, sur le point que nous venons d'examiner, une pénétration de données coutumières intéressante à signaler.

(1) *Ibid.*, n° 7 (trad. Fontanon).

(2) C'est ce qu'on disait au Bas-Empire. — Cf. ci-dessus l'introduction.

(3) Titre XXIX, n° 17 *in fine*.

(4) Cette règle était passée dans les mœurs après la loi Cincia (550 de Rome), Girard, *op. cit.*, p. 934.

(5) Girard, p. 935.

(6) Cf. Lefebvre, *op. cit.*, p. 543, 544 et 549.

Relevons encore une caractéristique de notre Coutume. Le douaire n'y était pas prescrit. Il était laissé à la discrétion du mari. Aussi, dans le cas où il avait été promis, Masuer paraissait-il ne pas être certain que la femme pût le réclamer à l'aide de l'hypothèque tacite qu'elle avait pour sa dot (1).

La partie méridionale de l'Auvergne et quelques autres régions de droit écrit (Lyonnais, Mâconnais, Beaujolais, Forez) se trouvaient dans le ressort du Parlement de Paris. Elles ignoraient naturellement la communauté et pratiquaient le régime matrimonial de Justinien : distinction des biens dotaux et paraphernaux avec hypothèque à l'appui, application de la loi Julia et du Velléien. Nous n'avons rien à en dire, si ce n'est que le Parlement de Paris, après avoir adopté l'édit de 1606 qui abrogeait le Velléien, y considéra, comme en droit commun coutumier, mais à la différence des autres pays de droit écrit, les engagements contractés par la femme avec son mari comme valables et la tint pour obligée sur tous ses biens dotaux et paraphernaux (2). Mais la jurisprudence lyonnaise prétendit que ces engagements ne pouvaient entraîner indirectement l'aliénation des immeubles dotaux ; que c'était contraire à la règle d'aliénabilité prescrite par la loi Julia encore en vigueur.

L'édit de 1664 ayant spécifié que cette loi ne visait que les aliénations directes, le Parlement de Paris se hâta de l'enregistrer, et les juridictions lyonnaises durent renoncer à leur théorie. En ce qui concerne l'hypothèque légale, Denisart nous apprend que, pour l'indemnité des dettes con-

(1) Masuer, titre XLI, *Des privilèges*, n° 5.

(2) Toutefois le Parlement de Paris semble avoir fait exception pour l'Auvergne où, croit-on, le sénatus-consulte Velléien persista jusqu'au Code civil (Paul Gide, *Condition de la femme*, 2^e éd., p. 411).

tractées par la femme avec son mari, elle ne prenait rang dans ces régions que du jour des obligations, à moins que le contrat de mariage ne contint une stipulation contraire : ainsi jugèrent trois arrêts du Parlement de Paris rendus les 9 avril 1702, 26 juillet 1740 et 23 juillet 1742 (1).

(1) Denisart, *Décisions nouvelles*, V^o *Hypothèque*, nos 63 à 65.

CONCLUSION

Nous sommes parvenu au terme de nos développements sur l'hypothèque légale de la femme mariée en pays coutumier. Nous avons sans doute laissé bien des points obscurs et nous n'avons pas traité toutes les questions qui pouvaient se poser à son sujet. Cependant nous connaissons assez la physionomie générale de notre institution pour pouvoir la juger d'après des considérations historiques, et dire si nous croyons qu'elle doit être maintenue dans notre droit moderne.

Ce qui semble bien résulter des constatations que nous avons faites, c'est que l'hypothèque légale de la femme mariée n'a paru aux régions coutumières qu'au ^{xvi}^e siècle et sous forme de l'hypothèque générale résultant du contrat notarié ; que le Parlement de Paris, désireux que la femme mariée sans contrat eût une garantie semblable, lui reconnut une hypothèque tacite par analogie avec celle que Justinien avait autrefois créée.

Avant l'apparition de l'hypothèque de l'acte notarié et cette jurisprudence coutumière, on peut voir que les fonctions plus tard dévolues à l'hypothèque légale étaient assurées au moyen de clauses insérées dans les contrats de mariage, stipulation d'emploi avec dépôt prescrit, stipulation de propres avec la sûreté de l'assignat.

Et pourtant, dès le ^{xiv}^e siècle, si lentement et si péniblement qu'il eût pénétré dans les habitudes du moyen âge,

le principe de l'hypothèque était pleinement connu. C'était alors aussi la renaissance du droit de Justinien, et comme l'hypothèque tacite de la femme mariée était son institution la plus importante, l'on conçoit difficilement que son adoption ne se soit produite que deux siècles plus tard.

Nous n'osons l'affirmer, mais nous ne serions pas éloigné de croire que les mœurs y répugnaient.

Quelle est la raison déterminante, le fondement de l'hypothèque légale ?

C'est la faveur de la dot, l'idée de dot restituable. Or cette notion était nettement contraire aux données générales du régime de communauté. La tradition primitive avait été la collaboration des époux avec les mêmes risques pour les deux. Si les pouvoirs de la femme avaient été restreints, il n'en subsistait pas moins que lorsqu'elle s'obligeait avec son mari ou que l'un de ses propres était vendu, elle y avait bien consenti et qu'elle eût pu refuser ce consentement. Elle avait donc agi en qualité d'associée, et ce fait aurait dû être de nature à lui ôter tout droit de se plaindre du résultat malheureux de ces opérations, tout au moins celui de prétendre une indemnité, à défaut de biens communs, sur les biens personnels du mari. C'est le danger que court tout associé de faire mauvaise fortune, c'est la contrepartie de ses chances de gain, et la femme ne doit pas échapper au sort commun. Sans doute alléguerait-on volontiers que le consentement de la femme aux obligations et aliénations n'était pas libre en raison de la domination du mari et de la faiblesse de la femme. C'était là la théorie romaine de la *fragilitas sexus*, tirée du droit du Bas-Empire et qui, si elle convenait au régime matrimonial de Justinien, heurtait complètement la conception française de la communauté entre époux. L'invoquer, n'était-

ce pas « oublier que notre tradition nationale était la française association des époux, sous la direction du mari chef « de leur compagnie, la femme lui demeurant subordonnée sans doute, mais tenue pour apte à discerner, à discuter, à refuser au besoin le concours qu'elle peut être « appelée à lui donner (1) ? » Il était impossible de ne pas faire ces réflexions et de ne pas hésiter à admettre une garantie qui donnait à un des deux associés, non seulement un recours sur les biens personnels de l'autre, mais un moyen de primer les créanciers de ce dernier. Aussi, avant la jurisprudence nouvelle du Parlement de Paris s'était-on contenté de sûretés plus modestes, celles que nous avons indiquées, qui dénotaient bien déjà l'existence d'une idée contestable de restitution de la dot, mais qui, du moins, avaient le mérite de ménager dans la mesure du possible les intérêts de la femme sans trop nuire à ceux des créanciers.

Du reste, la femme n'avait alors aucun droit légal à ces récompenses auxquelles nous venons de faire allusion : autre raison pour que la création de l'hypothèque tacite ne fût pas désirable.

Ce qui fit passer outre à toutes ces objections, ce fut évidemment ce fait qu'à un moment donné, quand le principe fut admis, toutes les femmes munies d'un contrat de mariage notarié profitèrent de l'hypothèque générale qui en résultait de plein droit. Elles se trouvaient ainsi dans une situation analogue à celle des femmes du temps de Justinien, ayant une hypothèque leur permettant même de primer certains créanciers antérieurs au mariage. Dès lors le coup était porté aux règles de la communauté conjugale.

(1) Lefebvre, *op. cit.*, p. 458 *in fine*, et 459.

Outre que les récompenses légales, bientôt créées, exigèrent une sanction, l'on dut avoir moins de scrupule, puisqu'il y avait un précédent, à accorder tacitement à la femme mariée sans contrat une autre hypothèque générale. Mais c'était rétablir ainsi l'institution de Justinien basée sur la « *fragilitas sexus* », cette notion si fausse en droit français. Aussi la garantie nouvelle ne pouvait-elle que dénaturer la donnée de franche association des époux, qui était la caractéristique du régime de communauté.

Si les raisons invoquées lors de la naissance de l'hypothèque légale sont inacceptables, peut-on mieux justifier son existence sous le régime de communauté en la présentant comme une arme destinée à contrebalancer l'autorité maritale ? Cette idée, déjà entrevue en droit coutumier (1), a été, de nos jours, développée avec force par M. Paul Gide : « Si l'hypothèque légale est particulièrement indispensable « sous un tel régime, dit-il en parlant de la communauté, « c'est qu'elle peut seule rétablir dans la société des deux « époux cette égalité ou tout au moins cet équilibre qui est « le principe fondamental de toute association civile. L'as- « sociation conjugale serait la plus inique des sociétés ; « elle serait, suivant l'expression des légistes, une société « léonine, si le même acte qui confère au mari, avec le « titre de chef de communauté, un droit sur tous les biens « de la femme, ne donnait à la femme en retour, dans « l'hypothèque légale, un droit sur tous les immeubles du « mari. » Voilà la théorie. Elle séduit au premier abord ; mais voyons où elle conduit : « Ce droit pour la femme, « poursuit M. Paul Gide, est de la nature, j'oserais presque « dire de l'essence du régime de communauté... Ce droit,

(1) Ci-dessus, p. 185.

« dans nos anciennes lois françaises, c'était le douaire légal... Disparu de nos Codes, le douaire a reçu de nos jours une sorte d'équivalent dans l'hypothèque légale(1). »

Ces conséquences nous paraissent inadmissibles. La pensée de M. Gide est bien que l'hypothèque légale est un droit accordé à la femme sur les héritages du mari en compensation des pouvoirs qu'il a sur ses biens, et qu'avant l'hypothèque le douaire légal avait la même fonction, en grevant les immeubles du mari et en les rendant inaliénables sans le consentement de la femme. C'est, nous semble-t-il, faire bon marché des origines de cette institution. Si ces origines n'étaient que la *donatio ante nuptias*, la thèse de M. Paul Gide pourrait se comprendre. Mais le douaire ne vient-il pas surtout des anciens dons germaniques, cette *dos ex marito* (2), qui était accordée, la femme n'apportant souvent qu'un trousseau, en l'absence de toute dot de sa part (3) ? Cette même *dos* ne consistait-elle pas primitivement en meubles ? Ce qui fit que le douaire devint immobilier, c'est le développement de la propriété foncière et l'établissement du principe de la communauté des meubles. Le douaire eut bien en effet pour résultat d'amener la femme à concourir à l'aliénation des propres de son mari, mais l'idée de lui donner prise sur ces propres ne semble pas juste historiquement ; si tel avait été son fondement, le douaire n'aurait-il pas dû disparaître dès la naissance de l'hypothèque légale ? Or il a survécu à côté d'elle pendant plus de deux siècles.

(1) Paul Gide, *Etude sur la condition de la femme*, 2^e édit., p. 481.

(2) Cf. Lefebvre, *Histoire du droit matrimonial français, introduction générale*, p. 418 et s. et *Droit des gens mariés*, p. 475 et s.

(3) *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert* (Tacite, *de mor. german.*, 18). Nous avons déjà dit que l'idée de dot *ex uxore* avait disparu au moyen âge (ci-dessus, p. 19).

Laissons donc de côté le douaire, et voyons si le fondement, qui ne lui convient pas, est plus juste pour l'hypothèque légale. Celle-ci, considérée par M. Paul Gide comme le contrepoids de l'autorité maritale, aurait pour résultat de ressusciter l'ancienne association conjugale par l'habitude d'agir en commun qu'elle fait prendre aux deux époux. Le mari ne peut vendre ou hypothéquer ses immeubles, ni contracter une obligation sans que la femme soit partie à l'acte. Son concours est obligatoire en fait, car « il est utile « aux créanciers, dont le gage pourrait, sans cela, être « absorbé par les reprises dotales, il est utile aux acheteurs « pour les décharger des formalités de la purge légale et les « prémunir contre les dangers d'une surenchère » (1). Ce concours s'impose également pour les conquêts, bien que le mari ait le droit de les aliéner seul. Ainsi, conclut M. Gide, « la collaboration est incessante entre les deux associés » (2), et c'est dans ce sens qu'il dit que l'hypothèque légale est de l'essence du régime de communauté.

Son raisonnement nous paraît bien spécieux. Que la femme soit obligée de concourir aux actes de son mari, voilà qui est très vrai, mais peut-on soutenir qu'elle est alors dans son rôle d'associée ? De deux associés contractant ensemble, il n'est pas normal que l'un soit sacrifié au profit de l'autre. La femme augmente le crédit de son mari en prenant part à ses actes, soit, mais c'est à son détriment. L'avantage qu'elle procure à l'acheteur ou au créancier, c'est d'être débarrassé de la crainte de l'hypothèque légale. Dans tous ces actes, en effet, elle y renonce ou même y subroge, de sorte que sa garantie finit par se retourner contre elle. Singulier instrument que cette hypothèque légale qui, si elle donne

(1) Paul Gide, p. 482.

(2) *Ibid.*

prise à la femme sur les biens du mari en la faisant participer à tous les contrats qui les concernent, lui fait corrélativement compromettre sa fortune propre par la perte de ses sûretés. Peut-on dire, dans ces conditions, qu'elle sert à contrebalancer l'autorité maritale ?

Une telle affirmation ne serait vraie que si la femme ne pouvait abandonner son hypothèque. C'est alors que celle-ci deviendrait une arme puissante. Mais pour arriver à ce résultat, ne se trouve-t-on pas fatalement obligé de rétablir l'incapacité Velléienne, en lui donnant même le degré qu'elle avait sous Justinien ? Il faudrait remettre en vigueur le sénatus-consulte Velléien et l'authentique *si qua mulier*, sans permettre à la femme d'y renoncer. Voilà ce que l'on est obligé de dire, et, en le disant, on se rend compte de l'impossibilité qu'il y aurait d'édicter de nos jours de telles dispositions. Ce serait aller à l'encontre de tous les principes du régime de communauté. La femme, qui n'a que trop perdu sa qualité de véritable associée du mari, la perdrait tout à fait si elle était paralysée par le Velléien. C'est si vrai que ce sénatus-consulte ne put jamais s'implanter en droit commun coutumier. Au plus fort de la renaissance du droit de Justinien, il fut toujours combattu par la pratique des renonciations, et ce fut au moment où l'influence du droit romain venait de contribuer grandement à la création de l'hypothèque légale qu'il fut abrogé définitivement par l'Edit de 1606. Tant était grande son incompatibilité avec le régime de communauté !

En réalité, le Velléien ne peut convenir qu'au régime dotal. Ne le voyons-nous pas de nos jours ? Ne peut-on dire que dans ce régime il subsiste encore ? N'est-ce pas une incapacité Velléienne que l'impossibilité où la femme se trouve de renoncer à l'hypothèque légale qui garantit la reprise du

mobilier dont le mari peut disposer ? C'était également dans un régime dotal que le Velléen trouvait place en droit romain, et en droit coutumier, c'est dans deux pays pratiquant un régime analogue, la Normandie et l'Auvergne, que nous avons vu persister le Velléen jusqu'au Code civil. Nous sommes donc amenés logiquement, si nous voulons maintenir l'hypothèque légale, à lui donner comme cadre le régime dotal et à faire de ce dernier le régime légal.

Quel recul, dirait-on, s'il n'était pas inutile de le dire. Est-ce à l'heure où le régime dotal est en pleine décroissance en France que l'on peut préconiser une telle solution ? Non certes, notre communauté entre époux est une tradition trop française pour que nous puissions la supprimer comme régime légal.

Or, si nous conservons la communauté, pourquoi ne pas abolir l'hypothèque légale qui ne lui convient pas ? Elle est contraire aux données de franche association conjugale, où tout doit être commun, les pertes comme les gains. Mais encore que dans un régime de communauté l'idée de dot restituable soit contestable, nous admettrions presque, en raison de l'exagération des pouvoirs du mari, le principe de la restitution, si elle pouvait être assurée d'une façon efficace. Ce n'est pas ce qui se produit dans la pratique, puisque, nous venons de le voir, la garantie de la femme se retourne contre elle le plus souvent. On peut donc penser à bon droit que l'hypothèque légale offre, pour la femme, plus d'inconvénients que d'avantages.

On pourrait lui adresser aussi bien des critiques. Elle est occulte, et beaucoup invoquent ce caractère en faveur de la suppression absolue, jugeant qu'il serait insuffisant d'y remédier par une inscription qui n'aurait qu'une utilité restreinte, en raison de l'indétermination des créances de la femme.

Elle est générale, mais cette critique perd son importance si l'on réfléchit que les immeubles sont de moins en moins nombreux dans les patrimoines.

Même en faisant abstraction des renonciations et subrogations qui l'annihilent, l'hypothèque légale n'aurait plus son utilité d'autrefois pour un motif auquel nous venons de faire allusion. Avec le développement des fortunes mobilières et la diminution corrélative des fortunes immobilières, il s'ensuit que la femme a plus de créances à faire valoir, tandis que le mari a moins de biens qui en répondent, et la valeur de ces derniers peut être inférieure au chiffre de la dot à restituer.

D'autre part, pour nous placer à un point de vue plus moderne, l'hypothèque légale peut-elle convenir à une époque de féminisme comme la nôtre ? Si paradoxale que puisse paraître notre idée de mettre en avant le féminisme comme justifiant la suppression d'une sûreté accordée aux femmes, ne suffit-il pas d'y réfléchir quelque peu pour trouver qu'elle ne heurte nullement le sens commun ? Est-ce au moment où les femmes s'émancipent de plus en plus, où elles exercent la profession d'avocat, que l'on peut soutenir encore que leur faiblesse les empêche de veiller à leurs intérêts et à la conservation de leurs biens ? C'est cette donnée de la *fragilitas sexus* qui les a fait munir d'une hypothèque légale. Mais c'est elle aussi qui les avait fait écarter des « *virilia officia* », et sur ce point, on l'a abandonnée, puisque les femmes s'engagent de plus en plus dans des carrières jadis réservées aux hommes. Cette donnée, on n'oserait plus aujourd'hui motiver par elle la persistance de l'hypothèque légale, et pourtant, historiquement, c'est elle qui a déterminé sa création. Au contraire, la condition de la femme s'est relevée de nos jours, et c'est ce relèvement qui doit

nous ramener aux données de véritable communauté, où la femme est vraiment l'associée du mari. Ce rôle, la femme, à l'heure actuelle, est de plus en plus capable de le bien tenir, et elle ne saurait que faire d'une garantie plus nuisible qu'utile, qui n'est en réalité qu'une institution vieillie et qui ne s'adapte plus à nos mœurs. Il serait à souhaiter seulement, toujours pour mieux reconstituer le caractère primitif de la communauté, que les pouvoirs du mari fussent restreints, et que la femme eût le droit, fût-ce en justice, « de réclamer de son mari qu'il la renseigne et au besoin qu'il lui rende compte de l'état de leur communauté » (1). La loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée, encore qu'elle ne s'adapte guère à la tradition coutumière de communauté, peut être à la rigueur considérée comme un acheminement dans cette voie (2).

Ajoutons une dernière remarque en faveur de la suppression de l'hypothèque légale. Une des pensées de la jurisprudence, lorsqu'elle la créa, fut certainement de ne pas laisser subsister une inégalité entre les femmes. Celles qui faisaient un contrat profitaient de l'hypothèque générale attachée à l'acte notarié. Les autres n'avaient aucune garantie. Ce privilège de l'acte notarié a disparu. En supprimant l'hypothèque légale, nous ne rétablirons donc pas l'inégalité primitive.

Mais il est une autre inégalité qu'on constate dans notre droit. Il arrive fréquemment qu'un mari fort riche et nanti de valeurs mobilières n'ait aucun immeuble sur lequel puisse porter l'hypothèque légale de sa femme. Celle-ci se

(1) Lefebvre, p. 445. — C'est ce que prescrit le nouveau Code civil suisse (art. 205), mais cette disposition est dépourvue de sanction.

(2) Cf. les observations de M. Lefebvre dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, numéro d'avril-mai 1908, p. 276 et suiv.

trouvera ainsi démunie, avec peut-être des droits élevés à prétendre, tandis qu'à côté d'elle une autre femme n'ayant que de faibles reprises à exercer trouvera des immeubles suffisants pour en répondre. Le désir de rétablir l'égalité nous conduira à un résultat contraire à celui du *xvi^e* siècle, à l'abolition de l'hypothèque légale.

Nous en avons fini d'exposer les principales critiques que soulève l'institution que nous avons étudiée. Il ne faudrait pas croire qu'on n'en ait formulé que de nos jours. Dès le *xvii^e* siècle, si les traités relatifs à l'hypothèque légale des femmes et qui leur sont si nuisibles n'existaient pour ainsi dire pas, de nombreux inconvénients ne s'en manifestaient pas moins et contribuaient déjà à faire condamner cette hypothèque. Qu'on en juge par le passage suivant des rapports de Lamoignon :

« ... Et la répétition des hypothèques données aux femmes
« du jour du contract de mariage, et en défaut d'iceluy du
« jour de la bénédiction nuptiale, est fort incommode au
« mary. »

« Car elle soumet l'état, la condition et la fortune du
« mary au caprice et à la fantaisie de la femme, laquelle
« faisant refus de s'obliger avec son mary, un homme riche
« d'un million demeure sans crédit à cause que les premières
« obligations du mary, auxquelles la femme n'a point
« parlé, peuvent être anéanties par des obligations posté-
« rieures du mary et de la femme, auxquelles on donne du
« chef de la femme une hypothèque du jour du contrat de
« mariage. Et supposé qu'il n'y ait point de mauvaise hu-
« meur de la femme, si elle est mineure de vingt-cinq ans,
« et incapable de s'obliger, le mary se trouvera dans l'im-
« puissance d'emprunter dix écus, à cause des obligations
« que la femme parvenue en majorité pourra faire avec son

« mary au préjudice et à la ruine des créanciers particuliers
 « de son mary, quoique antérieurs en hypothèque.

« Et même l'avantage des hypothèques que l'on donne
 « aux femmes pour le remploi des propres et l'indemnité
 « des dettes auxquelles elles interviennent ne les met pas
 « à couvert et cause bien souvent les ruines en ce qu'elles
 « se rendent plus faciles à s'obliger et à vendre leurs pro-
 « pres, sur l'espérance d'entrer les premiers en ordre sur
 « les biens de leurs maris pour leur remboursement. Et
 « quand il arrive du désordre dans les affaires des maris,
 « *il se trouve que la priorité de l'hypothèque accordée aux*
 « *femmes ne sert qu'à leurs créanciers et ne donne aucune*
 « *utilité aux dites femmes* (1). »

Que si l'on jugeait excessive notre proposition de supprimer l'hypothèque légale de la femme mariée, nous nous retrancherions derrière l'autorité de ce texte. Déjà, du temps de Lamoignon, l'existence de cette hypothèque prêtait à la critique ; nul doute que les inconvénients beaucoup plus graves qu'elle présente de nos jours ne doivent entraîner sa disparition (2).

(1) Lamoignon, *Rapports, Des hypothèques*, n° 27 (p. 292).

(2) C'est bien la tendance qui se manifeste dans les législations modernes. Les nouveaux Codes civils allemand et suisse n'accordent pas d'hypothèque à la femme mariée, et c'est d'autant plus caractéristique qu'ils admettent comme régime légal celui de l'union des biens sans communauté. Ils ont en vue « la conservation intacte, « la restitution intégrale des biens de l'épouse » (Léon Lyon-Caen, *La femme mariée allemande*, thèse Paris, 1903, p. 175). Dans ce but, la femme profite de diverses garanties (en voir l'exposé dans la thèse précitée, p. 178 et suiv., et dans celle de M. Chaudé sur le nouveau Code civil suisse, Paris, 1909, p. 205 et 206), mais si elle tient à avoir une hypothèque, elle ne peut que la stipuler. Les Codes civils allemand (art. 1391) et suisse (art. 205) lui permettent en effet de demander des sûretés à son mari.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	1

TITRE PREMIER

**Les raisons de l'apparition tardive de l'hypothèque
légale de la femme mariée en droit commun coutumier.**

CHAPITRE PREMIER. — La lente pénétration des principes de l'hypothèque dans l'ancien droit	11
CHAPITRE II. — L'idée de dot et les garanties de restitution jusqu'au XVI ^e siècle.	19
SECTION I. — <i>La renaissance de l'idée de dot</i>	19
SECTION II. — <i>Les garanties de la dot.</i>	26
§ 1. — La clause d'emploi	27
§ 2. — La stipulation de propres et l'assignat.	29
CHAPITRE III. — Le caractère réel du douaire dans l'ancien droit	34

TITRE II

Le développement de l'hypothèque légale.

CHAPITRE PREMIER. — Son apparition sous une double forme. — Hypothèque résultant du contrat de mariage. — Hypothèque tacite.	45
CHAPITRE II. — L'hypothèque de la dot.	61
SECTION I. — <i>Les stipulations de propres et d'emploi</i>	61
§ 1. — La stipulation de propres	61
§ 2. — La stipulation d'emploi	65
SECTION II. — <i>La clause de reprise d'apport franc et quitte.</i> .	68

SECTION III. — <i>Les avantages matrimoniaux.</i>	71
§ 1. — <i>Préciput</i>	71
§ 2. — <i>Autres avantages matrimoniaux</i>	73
SECTION IV. — <i>L'hypothèque tacite de la dot</i>	75
CHAPITRE III. — L'hypothèque du douaire	80
§ 1. — <i>L'hypothèque du douaire prefix.</i>	83
§ 2. — <i>L'hypothèque du douaire coutumier.</i>	86
CHAPITRE IV. — L'hypothèque garantissant les récompenses de la femme	91
SECTION I. — <i>Développement des récompenses de la femme</i> . .	91
§ 1. — <i>La récompense pour défaut de emploi des propres de la femme</i>	91
§ 2. — <i>Les récompenses dues à la femme pour indemnité des dettes.</i>	95
SECTION II. — <i>Garantie des récompenses ou moyen de l'hypothèque conventionnelle ou tacite</i>	100
§ 1. — <i>Généralités.</i>	100
§ 2. — <i>L'hypothèque du emploi des propres.</i>	102
§ 3. — <i>L'hypothèque de l'indemnité des dettes</i>	107
§ 4. — <i>Cas exceptionnels où l'hypothèque du emploi des propres et de l'indemnité des dettes ne remonte pas au début du mariage.</i>	113

TITRE III

Principaux caractères de l'hypothèque légale à son développement.

CHAPITRE PREMIER. — Nature de l'hypothèque	121
§ 1. — <i>Son double aspect</i>	121
§ 2. — <i>Son caractère occulte</i>	123
CHAPITRE II. — L'assiette de l'hypothèque	125
§ 1. — <i>Biens grevés d'une façon subsidiaire</i>	126
§ 2. — <i>Régime des conquêts de communauté</i>	129
CHAPITRE III. — Les créances garanties et leur ordre de préférence	137

SECTION I. — <i>Énumération des créances de la femme et leur ordre de préférence</i>	137
§ 1. — <i>Énumération des créances</i>	137
§ 2. — <i>L'ordre de préférence</i>	140
SECTION II. — <i>Justification de l'ordre de préférence en doctrine et en jurisprudence</i>	142
§ 1. — <i>Intérêts de l'ordre de préférence</i>	142
§ 2. — <i>Discussions relatives à l'ordre de préférence en doctrine et en jurisprudence</i>	146
§ 3. — <i>Examen de quelques espèces de jurisprudence</i>	160
CHAPITRE IV. — <i>Le sous-ordre et la renonciation à l'hypothèque légale</i>	168
CHAPITRE V. — <i>Les raisons données par les auteurs pour justifier l'hypothèque légale</i>	179
CHAPITRE VI. — <i>L'hypothèque légale jusqu'au Code civil</i>	187
APPENDICE. — <i>Observations relatives aux particularités de certaines coutumes</i>	193
I. — <i>L'hypothèque légale dans les pays de nantissement</i>	193
II. — <i>De la persistance de l'assignat en Bourgogne et en Nivernais</i>	197
III. — <i>L'hypothèque légale et la protection de la dot en Bretagne</i>	202
IV. — <i>L'hypothèque légale et le régime de protection dotale dans la coutume de Normandie</i>	206
V. — <i>Le régime dotal et l'hypothèque légale en Auvergne</i>	220
CONCLUSION.	227

Vu :

Le Président de la thèse,
Ch. LEFEBVRE.

Vu :

Le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)
